



JANAINA DALOIA RUZZANTE

FRAUDE À EXECUÇÃO

Especialização em Direito Processual Civil

São Paulo
Outubro/2013

JANAINA DALOIA RUZZANTE

FRAUDE À EXECUÇÃO

Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação *Latu Sensu* – Especialização em Direito Processual Civil, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, sob orientação da Professora Mestre Cláudia Aparecida Cimardi

Orientador: Professora Mestre Cláudia Aparecida Cimardi

São Paulo
Outubro/2013

Autor: JANAINA DALOIA RUZZANTE

Título: FRAUDE À EXECUÇÃO

Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação *Latu Sensu* – Especialização em Direito Processual Civil, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, sob orientação da Professora Mestre Cláudia Aparecida Cimardi, aprovada com conceito _____.

São Paulo, 30 de outubro de 2013.

RESUMO

Os princípios morais norteadores da vida em sociedade condenam aquele que se esquiva de suas responsabilidades, em especial se em atitude sórdida consciente e em prejuízo do patrimônio alheio.

Desde o Direito Romano, o sistema jurídico busca formas de reprimir tal comportamento, criando um instituto universal, a fraude contra credores.

Com a evolução desse instituto, somada à necessidade de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional, ocorreu no direito a especificação ou especialização das hipóteses, nascendo assim a fraude à execução.

A presente dissertação demonstrará, modestamente, a evolução do instituto da fraude contra credores, visando a esclarecer a origem da fraude à execução, pretendendo apontar no que essa se distanciou do instituto que lhe originou.

Faremos, em seguida, uma análise dos requisitos legais, doutrinários e jurisprudenciais para a configuração dessa espécie de fraude; para então analisar alguns dos aspectos mais polêmicos enfrentados pelos operados do Direito.

ABSTRACT

The guiding moral principles of society condemn one who shies away from their responsibilities, especially in nasty attitude conscious and oblivious to the detriment of shareholders.

Since Roman law, the legal system seeks ways to curb such behavior, creating an universal institute: the fraud against creditors.

With the evolution of this institution, together with the need to ensure the effectiveness of judicial assistance occurred the specification or specialization of hypotheses, emerging the institute the fraud enforcement.

This dissertation will demonstrate, modestly, the evolution of the institution of defrauding creditors, in order to clarify the origin of the fraud enforcement, intending to demonstrate in that distanced himself from the institute that originated it.

Then, we will make an analysis of the legal, doctrinal and jurisprudential setting for this kind of fraud, and then examine some of the most controversial aspects faced by the law operator.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. FRAUDE À EXECUÇÃO E FRAUDE CONTRA CREDORES	
2.1. A REPRESSÃO DO DIREITO À FRAUDE.....	10
2.2. ORIGENS HISTÓRICAS.....	11
2.3. ORIGENS DA FRAUDE À EXECUÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL.....	13
2.4. SEMELHANÇAS E DIVERGÊNCIAS.....	15
2.4.1 NATUREZA JURÍDICA.....	17
2.4.2. MOMENTO EM QUE O ATO DE DISPOSIÇÃO É PRATICADO.....	18
2.4.3. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO DE DISPOSIÇÃO.....	18
2.4.4. MEIO JURÍDICO PARA O RECONHECIMENTO DA FRAUDE.....	19
2.4.5. EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL	20
3. A FRAUDE À EXECUÇÃO	
3.1. CONCEITO E PRESSUPOSTOS.....	22
3.1.1. A LITISPENDÊNCIA.....	24
3.1.1.1. NATUREZA DA DEMANDA EM CURSO.....	24
3.1.1.1. AJUIZAMENTO OU CITAÇÃO VÁLIDA.....	27
3.1.2. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR.....	33
3.2. MEIO E EFEITOS DA DECISÃO QUE DECRETA A FRAUDE À EXECUÇÃO.....	36
3.3. MEIOS DE DEFESA DO DEVEDOR E DO ADQUIRENTE.....	40
4. OUTRAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS	
4.1. A BOA FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE.....	45
4.2. O PRÉVIO REGISTRO IMOBILIÁRIO E A SÚMULA 375/STJ.....	48
4.3. O BEM DE FAMÍLIA.....	52

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
6. BIBLIOGRAFIA	60

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto o instituto da fraude à execução, por se tratar, sem peias de dúvidas, de um dos temas mais tormentosos que circundam a processualística moderna, de grande relevância aos operadores do direito que buscam a efetividade do processo e o dever de lealdade entre as partes processuais.

Inicialmente, pincelaremos o que nossa doutrina aponta como a motivação que conduziu ao nascedouro da fraude contra credores, entendida por alguns de nossos autores como o instituto que, especializado e no âmbito do direito processual, deu azo à criação de seu paralelo, a fraude à execução.

Em seguida, apresentaremos como esse instituto foi inserido no sistema jurídico nacional, para então demonstrarmos as semelhanças e as divergências entre eles, que aqui denominamos de elementos diferenciadores, ante sua natureza jurídica, se de direito material ou processual, privado ou público; pelo momento em que o ato de disposição patrimonial foi consumado; pela necessidade de ser comprovado o elemento subjetivo do ato, o *consilium fraudis*; pelo meio jurídico para o seu reconhecimento e, por fim, pelos efeitos da decisão que reconhece a fraude.

Somente então passaremos à análise do conceito desse instituto e das inquietações da doutrina e jurisprudência quanto aos seus pressupostos específicos: a litispendência, voltando-nos à natureza da demanda em curso e ao momento a partir do qual ela poderá ser considerada efetivamente considerada; bem assim ao requisito da insolvência do devedor e, conseqüentemente, à verificação de quem é o ônus de comprová-la.

Retomaremos, agora com maior acuidade, aos efeitos da decisão que decreta a fraude à execução e, por corolário lógico, aos meios jurídicos de defesa pelo qual o devedor e o adquirente podem se valer a fim de afastar o decreto e a expropriação do patrimônio.

Por derradeiro, nosso estudo se voltará às questões de maior controvérsia na jurisprudência pátria, seja em decorrência de radical mudança no posicionamento dos tribunais, caso do requisito criado pela jurisprudência acerca da boa fé do terceiro adquirente; e do prévio registro imobiliário, que culminou com alterações legais e entendimento sumulado; e, da interessante construção jurisprudencial no tocante à ocorrência da fraude envolvendo o bem de família.

2. FRAUDE CONTRA CREDORES E FRAUDE À EXECUÇÃO

2.1. A REPRESSÃO DO DIREITO À FRAUDE

A fraude, cuja etimologia remonta ao termo latino *fraus* ou *fraudis* (engano, má fé, logro), é popularmente entendida como o ato malicioso que visa ocultar a verdade e/ou fugir ao cumprimento de um dever.

Nas palavras de SILVA¹:

a fraude traz consigo o sentido do engano, não como se evidencia no *dolo*, em que se mostra a manobra fraudulenta para induzir outrem à prática de ato, de que lhe possa advir prejuízo, mas o engano oculto para furtar-se o fraudulento ao cumprimento do que é de sua obrigação ou para logro de terceiros. É a intenção de causar prejuízo a terceiros (grifos não originais).

Assim porque, no Direito, a fraude não tem outro significado senão a conduta desleal de um visando lesar outrem, que não pôde por si só defender-se, contra o que toda a ordem jurídica se ergue, na defesa dos interesses legítimos, ainda que meramente particulares.

Segundo o magistério de LIMA:

Se o espírito de desobediência à lei é apontado como ‘o perigo mortal para o direito’, como fonte da desordem, gerando o sentimento de inutilidade da Lei (Ripert, *Le déclin du droit*, p. 94 et seq.), mais grave se torna aquele espírito de rebeldia, de desrespeito à lei, do desvirtuamento de suas finalidades, quando o seu transgressor, usando os processos tendencioso, dissimulados, fere os direitos de terceiros, estranhos ao processo defraudador e, conseqüentemente, impossibilitando-os de se opor, desde logo, à violação de seu direito² (grifos não originais).

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 370.

² LIMA, Alvino. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, n.1, p.2.

O Direito, como fonte e reflexo dos princípios éticos e morais que direcionam a conduta social, busca reprimir o comportamento desonesto, através de mecanismos sancionatórios que, ao menos, desestimulem os possíveis fraudadores ou, uma vez constatada a ocorrência da fraude, amenizem os prejuízos.

A título meramente exemplificativo, no Direito Civil, entre outros exemplos, repele-se a simulação, considerando-a nula, pois essencialmente viciada pela mentira; no Direito Comercial, considera-se ineficaz o ato do falido em prejuízo de seus credores; no Direito Tributário, priva-se o contribuinte dos efeitos da moratória; no Direito Penal, tipificam-se delitos diretamente relacionados à conduta desleal, como o estelionato e a apropriação indébita; e, no Direito Processual, reprimem-se as alienações ou onerações em fraude à execução³.

Embora recriminada e condenada pela ordem jurídica e pelos parâmetros de conduta social, reconhece-se que é nas sociedades mais evoluídas que a fraude se torna cada vez comum, crê-se que em decorrência de um cenário de constantes crises econômicas e sociais, em aparente degeneração dos costumes morais e dos princípios éticos⁴.

Nessa seara é que o sistema jurídico, cada vez mais preocupado em combater a fraude e tornar efetiva a prestação jurisdicional, evoluiu do instituto da fraude contra credores, criado nos primórdios do Direito Romano, para o instituto de direito processual da fraude à execução.

2.2. ORIGENS HISTÓRICAS

THEODORO JÚNIOR⁵ nos esclarece que o conceito de *fraude contra credores* tem origem em um edito de um pretor, que versava sobre atos fraudulentos praticados por escravos libertos, que pretendiam frustrar os direitos de seus antigos senhores, tornando-se propositalmente insolventes, compelindo-os a mover as ações *fabiana* e *calvisiana*, por meio das

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude Contra Credores e Fraude de Execução*. RT, v.776, jun. 2000a, p. 13.

⁴ SALAMACHA, José Eli. *Execução Civil: estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior / coordenação Ernani Fidélis dos Santos...(et all)*. *Fraude à Execução – Proteção do credor e do adquirente de Boa-fé*. São Paulo : RT, 2007, p. 13.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ob. Cit.*, 2000a, p. 14.

quais os atos do seu ex escravo seriam revogados, desde que demonstrado o *consilium fraudis* (vontade fraudulenta).

Quanto à ação pauliana, até hoje utilizada para combater a fraude contra credores, VENOSA afirma que tem uma origem obscura e que ainda pende de muitas discussões, aduzindo que, para alguns, ela representa a evolução do “interdito *fraudatorium*, do qual derivou uma *actio in factum*, a qual, ao contrário do primeiro, só podia ser exercida contra o terceiro cúmplice da fraude”⁶.

Inobstante, tem-se que ao tempo de Justiniano a ação pauliana já se encontrava consagrada, por meio da qual se fundiram, em um só, os diversos meios revocatórios até então delineados. Mas a ação pauliana não declarava nulo o ato fraudulento, apenas concedia aos credores um meio jurídico para paralisar os efeitos prejudiciais, criando um obstáculo, de modo a fazer com que o patrimônio desviado pudesse ser novamente colocado à disposição do credor⁷.

Segundo o magistério de PEREIRA:

A princípio tinha caráter penal e era dirigida contra o terceiro que se houvesse prestado às manobras fraudulentas do devedor; depois veio a ser contra o donatário que tivesse tirado proveito do delito cometido pelo devedor. No início, o réu era condenado a uma pena pecuniária, cuja execução se não cumpria se o bem indevidamente desviado fosse restituído ao patrimônio do devedor e mais tarde, não obstante a sua natureza pessoal, a ação pauliana apresentava-se como uma *actio in rem*, tendo por objeto a nulidade do ato fraudulento e a recuperação da coisa para o patrimônio do devedor⁸ (grifos não originais).

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2005, v.1, p. 478.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, 2000a, p. 14/17.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I: Introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 345.

Assim o efeito revocatório obtido com a demanda sanava o efetivo prejuízo dos credores, o *eventus damni*, que consistia justamente na impossibilidade de penhorar os bens fraudulentamente desviados, de modo que se revogava o ato, chamando o bem de volta a responder pelas obrigações.

2.3. ORIGENS DA FRAUDE À EXECUÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

As origens do instituto da fraude à execução no ordenamento jurídico brasileiro remontam às Ordenações Filipinas, que em seu parágrafo 14º, do Livro III, Título LXXXVI, expressamente proibia a alienação de bens de raiz durante a demanda judicial, impondo sobre os bens do condenado uma espécie de hipoteca judicial (“... o que tiver bens de raiz, que não valham o contido na condenação, não os poderá alhear, durante a demanda, mas logo ficarão hipotecados por esse mesmo feito e por esta Ordenação para pagamento da condenação”).

Ensina-nos BRÊTAS DE CARVALHO que, à época, havia ainda outra hipótese prevista nas Ordenações Filipinas, para o caso de não se encontrar bens suficientes para garantir a execução, o que hoje conhecemos como insolvência, por meio da qual se impunha dupla responsabilidade ao devedor, patrimonial e pessoal⁹.

Com a Declaração de Independência, de 1822, o jovem Império, ávido por afirmar sua soberania, inicia a criação do Direito Pátrio, e o instituto da fraude à execução já encontrou contornos no Decreto Imperial nº. 737, de 25 de novembro de 1850, que disciplinava o direito comercial, especificamente em seu art. 574 (“Se o vencido não tiver com que pague a estimação da causa, que alienou em fraude de execução, será preso até pagar ou até um ano se antes não pagar”)¹⁰.

Mais tarde disciplinou-se o instituto da fraude à execução de forma expressa nas causas cíveis, através do Decreto nº. 763 de 19 de setembro de 1890, em seu artigo 494:

⁹ BRÊTAS DE CARVALHO, Ronaldo. *Fraude à execução/nulidades. Digesto de Processo/Revista Brasileira de Direito Processual*. v. 03. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 02.

¹⁰ PENÃ, Ricardo Chemale Selistre. *Fraude à execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

Art. 494. Considerar-se-ão alienados em fraude de execução os bens do executado:

§ 1º. Quando são litigiosos, ou sobre eles pende demanda;

§ 2º. Quando a alienação é feita depois da penhora, ou proximamente a ela;

§ 3º. Quando o possuidor dos bens tinha razão para saber que pendia demanda, e outros bens não tinha o executado por onde pudesse pagar.

Com a República, e sua Constituição de 1891, os Estados Membros passaram a ter competência para legislar sobre processo civil e penal e assim, quase todos, com exceção de São Paulo, Distrito Federal e Bahia, se limitaram a reproduzir o conteúdo do Regulamento nº. 737¹¹.

Somente com a Constituição de 1937 é que a União se tornou detentora de competência exclusiva para legislar sobre direito processual, cenário esse da criação do Código de Processo Civil de 1939 que, sob os preceitos dos antigos Decretos 737 e 763, previu de maneira expressa o instituto da fraude à execução, através do art. 895, que apresentava a seguinte redação:

Art. 895. A alienação de bens considerar-se-á em fraude de execução:

I – quando sôbre êles fôr movida ação real ou reipersecutória;

II – quando, ao tempo da alienação, já pendia contra o alienante demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência;

III – quando transcrita a alienação depois de decretada a falência;

IV – nos casos expressos em lei.

Posteriormente, com a edição do atual Código de Processo Civil, de 1973, a fraude à execução encontrou previsão nos art. 592, inciso V, que sujeita à execução os bens nas hipóteses do art. 593 e seus respectivos incisos.

A disposição do código atual aponta certo aprimoramento em comparação com o código anterior, pois faz referência não apenas à alienação, mas também aos atos de oneração em geral;

¹¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fraude à execução: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 48.

aperfeiçoa a redação ao falar em “ação fundada em direito real”; afasta a controvertida ação reipersecutória e, ainda, em verdade, amplia a quaisquer outras hipóteses, desde que previstas por leis esparsas¹².

2.4. SEMELHANÇAS E DIVERGÊNCIAS

Muito embora não se saiba, ao certo, a origem destes institutos, a doutrina parece comungar da opinião de que ambos têm origem e evolução comum advinda do direito romano; bem assim convergir quanto à tese de ambos têm como requisitos essenciais e cumulativos: (i) o ato de disposição do patrimônio (oneração ou alienação) por parte do devedor; (ii) a intenção de prejudicar o credor de dívida anterior ao ato (*consilium fraudis*); (iii) o prejuízo efetivamente gerado ao credor (*eventus damni*).

O ato de disposição é, inequivocamente, o requisito inicial, mas não pode caminhar sozinho, pois, para que se configure a fraude, é preciso que haja obstáculos a impedir que o proprietário disponha livremente de seu patrimônio. Obstáculos esses que sejam ignorados pelo proprietário devedor, com a intenção de gerar prejuízo aos seus credores e, por fim, que o prejuízo de fato venha a ocorrer.

Assim, em verdade, para alguns, como CAHALI, a fraude contra credores é mera adaptação da fraude à execução ao direito processual:

Embora os menos avisados se deslumbrem na demonstração do óbvio, isto é, que se trata de institutos de características inconfundíveis, mostra-se incontestável que, ontológica e historicamente, a fraude à execução representa um aspecto da fraude contra credores.

Mais propriamente, o instituto da fraude à execução constitui uma ‘especialização’ da fraude contra credores¹³ (grifos não originais).

¹² PENÃ, Ricardo Chemale Selistre. Ob. Cit. p. 42.

¹³ CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 61/62.

Nesse mesmo sentido, já apontando o grande traço diferenciador entre os institutos, ZAVASCKI afirma que a fraude à execução:

pode ser considerada uma especialização da fraude contra credores e se caracteriza pela maior gravidade, já que o ato fraudulento da alienação ou oneração de bens se dá quando já em curso um demanda judicial contra o proprietário¹⁴ (grifos não originais).

Para DINAMARCO a fundamental diferença entre a fraude contra credores e a fraude à execução está no “ultraje que a segunda contém, e a primeira não, à dignidade da Justiça e a rebeldia que significa à autoridade estatal exercida pelo Poder Judiciário”¹⁵.

Nesse mesmo sentido, THEODORO afirma ainda:

É, porém, muito mais grave a fraude quando cometida no curso do processo de condenação ou de execução. Além de ser mais evidente o intuito de lesar o credor, em tal situação 'a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair'. A fraude frustra, então, a atuação da Justiça e, por isso, é repelida mais energicamente. Não há necessidade de nenhuma ação para anular ou desconstituir o ato de disposição fraudulenta. A lei o considera simplesmente ineficaz perante o exequente¹⁶.

Ainda segundo THEODORO, a fraude à execução é uma das possíveis sedes normativas de repressão à fraude contra credores, ao lado da própria ação pauliana e da ação revocatória tratada na lei de falências, afirmando que “não há diferença de substância entre a fraude cogitada

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. V. 8: do processo de execução. São Paulo: RT, 2000, p. 272.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002, t. I, p.579.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Curso de direito processual civil - processo de execução e processo cautelar*. Vol. II, 2000b, p. 194.

em cada um destes três segmentos do direito nacional, mas apenas variações que se manifestam sobretudo no terreno procedimental”¹⁷.

A fraude à execução pode assim ser entendida como o meio processual apto ao reconhecimento da fraude contra credores, quando já houver litígio em curso, como forma, inclusive e especialmente, de assegurar a eficácia da própria prestação jurisdicional.

A fim de diferenciar os institutos, nossa doutrina arrola alguns elementos, reproduzidos por vários Autores com uma denominação similar, mas que a seguir descreveremos e denominaremos de forma sutilmente diferente, a nosso entender de modo mais adequado, visando melhor esclarecer esses elementos de diferenciação.

2.4.1. NATUREZA JURÍDICA

A posição que prevalece em nossa doutrina é que a fraude contra credores é instituto de direito privado material, enquanto a fraude à execução é instituto de direito público e processual, porque em defesa do interesse público.

CASTRO ressalta que

todos os conflitos de interesses particulares oriundos da fraude contra credores resolvem-se pelas regras do direito privado; ao passo que os que se originam da fraude à execução compõem-se todos pelas normas de direito processual (substancial) por estar em jogo o sacrifício de um interesse público, que é o que tem o Estado de fazer justiça (grifos não originais)¹⁸.

SOUZA, por sua vez, defende a tese de que a fraude à execução não é instituto de direito processual, aduzindo que não é pelo mero fato de estar contida dentro do diploma processual que a torna matéria processual, afirmando que,

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. Cit., 2000a, p. 18

¹⁸ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974, p. 80.

a fraude de execução não atinge diretamente o processo como direito público, ela atinge o negócio jurídico de oneração ou alienação a ponto de torná-lo ineficaz. Não há predomínio do interesse público, pois qualquer ato que contrarie interesse público será nulo e não apenas ineficaz¹⁹ (grifos não originais).

Do outro lado, DINAMARCO afirma serem ambos os institutos de natureza processual, relacionados com a responsabilidade executiva²⁰.

2.4.2. MOMENTO EM QUE O ATO DE DISPOSIÇÃO É PRATICADO

Como se verá mais detidamente quando nos voltarmos aos requisitos para o reconhecimento da fraude à execução, esta pressupõe que o ato de disposição do patrimônio se dê quando houver demanda em curso. Do contrário, não se trata de fraude à execução, mas de fraude contra credores.

Segundo o magistério de CAHALI,

na fraude contra credores há apenas meras providências do devedor, que seja proprietário, para lesar o direito do credor que ainda não agiu em juízo, pois a obrigação pode estar em curso, sem poder ser exigido seu cumprimento; enquanto na fraude à execução o problema assume contornos diferentes, pois aí já existe ação em juízo do credor contra o devedor, exigindo o cumprimento de uma obrigação insatisfeita²¹ (grifos não originais).

Não vamos, por ora, nos aprofundar na questão de a demanda preexistente necessitar possuir caráter executivo ou condenatório, muito menos se o devedor necessita ter sido validamente citado, porquanto tais questões, por serem polêmicas, serão objeto de estudo mais a frente.

¹⁹ SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude de execução e o devido processo legal*. RT 766/782, p. 771.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo : Malheiros, 2004, v. 4, p. 430.

²¹ CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 73.

2.4.3. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO DE DISPOSIÇÃO

Não pairam dúvidas quanto à necessidade de que o ato de disposição tenha sido cometido de má fé e intencionalmente pelo devedor para a caracterização de quaisquer dos institutos.

A substancial diferença se encontraria, então, na afirmação da melhor doutrina, no fato de que na fraude contra credores incumbe ao credor a prova da má intenção do devedor; enquanto na fraude à execução ela é presumida (*in re ipsa*), admitindo prova em contrário (*iuris es de iure*), o que, em princípio, nos obriga a concluir que o ônus da prova é imposto ao devedor ou ao terceiro adquirente.

Convicto desse entendimento, CAHALI, fornecendo melhor interpretação das lições deixadas por Liebman e Pontes de Miranda, apenas afasta algumas equivocadas interpretações de que o elemento subjetivo não se reclamaria na fraude à execução, esclarecendo que a lei dispensa a prova do elemento subjetivo, por ser ele presumível, não por ser dispensável²².

Inobstante, a questão do ônus da prova e da ciência e/ou má fé do terceiro adquirente, ou beneficiado, são também bastante controversas, tanto que serão melhor estudadas a frente.

2.4.4. MEIO JURÍDICO PARA O RECONHECIMENTO DA FRAUDE

A posição majoritária aponta que para o reconhecimento da fraude contra credores é indispensável o ajuizamento de ação pauliana ou revocatória, não sendo possível reconhecê-la incidentalmente em outra demanda.

Embora a questão tenha gerado polêmica por longo tempo, esse entendimento foi consolidado em 1997, através da edição da Súmula 195 pelo Superior Tribunal de Justiça: “*em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores*”.

²² CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 74.

Já a fraude à execução, por sua vez, pode ser reconhecida incidentalmente em qualquer processo, a requerimento do credor, ou mesmo nos embargos de terceiro opostos pelo adquirente e, frise-se, desde logo, há quem defenda que até mesmo *ex officio* pelo Juízo, por entender tratar-se de questão de interesse público, como já dissemos.

2.4.5. EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL

Despiciendo adentrar na longa discussão acerca dos efeitos da decisão judicial quando do reconhecimento da fraude contra credores que, por si só, mereceria estudo próprio e aprofundado.

Para os fins pretendidos nesse estudo, nos basta dizer que a maioria de nossos autores ainda defende a tese de que na fraude à execução se declara a ineficácia do ato, enquanto na fraude contra credores há um ato jurídico anulável; posição essa também adotada pela maioria de nossa jurisprudência.

Em defesa dessa corrente, reforçada por Pontes de Miranda, hoje vista como mais ortodoxa, LIMA afirma “enquanto os atos afetados pela fraude contra credores são anuláveis, os atos visados pela fraude de execução são ineficazes; os primeiros são desfeitos, *desconstituídos*; os segundos são *declarados*”²³.

A novel corrente, na qual figuram as abalizadas vozes de Yussef Said Cahali, Humberto Theodoro Júnior e Cândido Rangel Dinamarco, contrariando a letra fria do art. 158 do Código Civil (Lei 10.406/2002), afirma que também na fraude contra credores, assim como se dá na fraude à execução, o efeito da decisão judicial que a reconhece é a declaração de ineficácia do ato.

DINAMARCO, em defesa dessa tese, esclarece que “anular o ato de alienação significa tolher-lhe o efeito de transferir a propriedade, devolvendo portanto o bem ao patrimônio do

²³ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1974, p. 495.

alienante fraudulento”, de onde adviriam consequências desastrosas, que só beneficiariam o devedor e onerariam sobremaneira o adquirente, concluindo que “sustentar a anulabilidade do ato fraudulento seria, como se vê, realizar um caricato exercício da *lógica do absurdo*”²⁴.

THEODORO JÚNIOR aponta que a jurisprudência pátria já vem caminhando em defesa dessa tese e pontua:

Pensamos que essa nova postura, que já vem provocando significativos reflexos na jurisprudência, é a que merece prosperar, porque teleontologicamente nosso Código Civil, na realidade, criou regras de *ineficácia* e não de *nulidade* para a impugnação dos atos em fraude contra credores, não obstante a literalidade dos dispositivos apontar para a última figura jurídica (grifos não originais)²⁵.

Concluindo, assim, os elementos distanciadores dos dois institutos, passemos propriamente à análise do objeto de nosso estudo, a fraude à execução.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., 2004, p. 430.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. Cit., 2000a, p. 21.

3. A FRAUDE À EXECUÇÃO

3.1. CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Não há conceito pacífico ou irrepreensível em nossa doutrina sobre a fraude à execução, justamente por não haver pleno consenso acerca de seus elementos caracterizadores, de modo que sua conceituação, em regra, se dá através da comparação com o instituto da fraude contra credores²⁶.

Inevitável, pois, *a priori*, a verificação da exata disposição legal, contida nos artigos 592 e 593 do Código de Processo Civil:

Art. 592 - Ficam sujeitos à execução os bens:

(...)

V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.

Art. 593 - Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.

Necessário, agora, retomarmos o que já chamamos de requisitos essenciais e cumulativos: (i) o ato de disposição do patrimônio do devedor (oneração ou alienação); (ii) a intenção de prejudicar o credor de dívida anterior ao ato (*consilium fraudis*); (iii) o prejuízo efetivamente gerado ao credor (*eventus damni*).

Assim, para melhor compreensão do termo aqui utilizado “ato de disposição do patrimônio”, indispensável à caracterização da fraude, merecem algumas linhas o que podemos entender por atos de alienação e oneração.

²⁶ PENÃ, Ricardo Chemale Selistre. p. 58.

Alienar significar passar a outrem o domínio de coisa ou gozo de direito que é seu, ou seja, tornar de outrem a coisa que era sua, transferindo-a *inter vivos*, a título oneroso ou gratuito²⁷.

Com efeito, a alienação que pode dar ensejo à fraude deve se dar entre vivos, ser realizada voluntariamente pelo devedor, esteja presente a contraprestação pecuniária (venda e permuta) ou sem qualquer contraprestação (doação e dação em pagamento), resultando na transferência da titularidade daquele patrimônio para terceiro alheio à lide ou à dívida.

Ampliando o conceito, ZAVASCKI esclarece que também “há que se entender como alienação o ato de renúncia a direito material (renúncia a herança, por exemplo), pois importa diminuição voluntária do patrimônio”²⁸.

Onerar, por sua vez, significa impor um ônus sobre o direito de uso e gozo, sem importar, inicialmente, na transferência do bem. Mas, o ato de oneração limita as faculdades do domínio, gerando, em favor de terceiro, um direito real de uso/ gozo (enfiteuse, servidões, usufruto, habitação, renda sobre imóveis) ou de garantia (penhor, anticrese ou hipoteca).

Embora, em princípio, na oneração não haja a transferência do bem, como bem observa PEÑA:

É oportuno lembrar que se o privilégio a favor de terceiro for direito real de garantia poderá resultar em alienação, caso a obrigação garantida seja solvida.

Estabelecido um ônus real de uso, por exemplo, não haverá perda do direito de propriedade em favor do usuário ou do habitante, ao passo que, se for constituída uma hipoteca, poderá haver a perda do bem em favor do credor hipotecário²⁹.

Aquele mesmo autor nos esclarece que não se pode configurar a fraude em transferências coativas, como no caso da arrematação, adjudicação e a desapropriação, ainda que

²⁷ SILVA, De Plácido. Ob. Cit., p. 55

²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino, Ob. Cit., p. 279.

²⁹ PENÁ, Ricardo Chemale Selistre. Ob. Cit., p. 71.

o valor do negócio tenha sido ajustado pelas partes, porque nestas hipóteses não se tratou de ato de disposição do proprietário, mas de transferência que lhe foi imposta³⁰.

Assim, fixados os pressupostos até agora discutidos em nosso estudo, com fundamento nas posições majoritárias e na letra da lei - esquivando-se, por, ora dos aspectos mais polêmicos -, ousaremos conceituar que a fraude à execução é um instituto de direito público, inserto no direito processual civil, que tem como efeito tornar ineficaz o ato de disposição do patrimônio pelo proprietário devedor, cometido com o intuito de frustrar a satisfação do credor, quando já existir contra ele demanda que seja capaz de lhe conduzir à insolvência ou na qual se discuta direito real sobre o próprio patrimônio.

Infere-se desse conceito básico os requisitos legais indispensáveis à caracterização da fraude à execução, que passaremos a analisar detida e separadamente.

3.1.1. A LITISPENDÊNCIA

Como dissemos anteriormente, a existência de uma demanda judicial em curso é requisito essencial e indispensável à caracterização da fraude à execução, inclusive como elemento diferenciador da fraude contra credores. Uma vez que, havendo demanda, trata-se de fraude à execução, não havendo, trata-se de fraude contra credores.

O requisito de haver demanda judicial em curso, entretanto, gera divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tanto com relação à natureza dessa demanda, quanto em relação à mera distribuição da ação ou necessidade de que tenha ocorrido a citação válida do devedor. Passemos assim à análise destas questões.

3.1.1.1. NATUREZA DA DEMANDA EM CURSO

No que toca à natureza da demanda preexistente, nos parece que a questão já se apaziguou, entendendo a posição majoritária da doutrina que o requisito restará preenchido seja

³⁰ PENÃ, Ricardo Chemale Selistre. Ob. Cit., p. 72.

qual for a natureza da demanda proposta, podendo ser cognitiva, executiva ou até mesmo cautelar, desde que dotada de carga condenatória suficiente.

Nesse sentido, ASSIS afirma que

nada importa a virtual natureza da demanda ou da lide. Além das ações condenatórias, cujo caráter patrimonial naturalmente provam semelhante estado, outras ações, penais ou civis, constitutivas (v.g., separação ou divórcio), declaratórias, executivas ou mandamentais, ensejam o resultado coibido pelo instituto (grifos não originais).³¹

Adotando essa tese, diversos são os precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. REQUISITOS. CITAÇÃO VÁLIDA EM AÇÃO CAUTELAR. INSOLVÊNCIA RECONHECIDA. 1. Para configurar a fraude à execução, é necessário que a alienação do bem tenha se dado após ocorrida citação válida, não importando o tipo de ação proposta - se cautelar, cognitiva ou executória. 2. Hipótese em que a insolvência do devedor já fora reconhecida no bojo do acórdão estadual recorrido, que afirma, textualmente, tratar-se de matéria incontroversa nos autos aquela relativa à inexistência de bens penhoráveis em nome do devedor. 3. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial³² (grifos não originais).

Para o caso das ações cautelares preparatórias, mister ressaltar que se o patrimônio alvo do ato de disposição patrimonial coincidir com o bem arrestado ou sequestrado, nos parece evidente que se caracterizaria a fraude, pois, nas palavras de CAHALI, “o arresto, tanto quanto a penhora, constitui constrição suficiente para tornar ineficaz contra o exequente a alienação do bem constrito”³³.

³¹ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 6: p. 235.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 649139/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010.

³³ CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 424.

Caracterizar-se-á a fraude também na hipótese de se tratar de demanda cautelar inominada, sendo apenas conveniente que, desde logo, se delinieie minimamente a carga condenatória da demanda principal a ser proposta oportunamente³⁴.

A questão da “suficiente carga condenatória” também merece algumas linhas, pois, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça, a mera possibilidade de condenação nos ônus da sucumbência não é, por si só, suficiente à caracterização da fraude, uma vez que “o que serve para tanto (...) é a ação de cobrança ou de execução, ou a ação de conhecimento com potencial ofensivo negativo, ou seja, ação de que possa resultar condenação”³⁵.

A grande discussão quanto a esse tema ficou a cargo da existência de ação penal em curso, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, defendendo alguns que, nesse caso, não há como se configurar a fraude.

Para essa corrente, que não nos parece a mais acertada, enquanto não ajuizada a liquidação da sentença penal condenatória transitada em julgado contra o devedor, na sua qualidade de título judicial exequível no juízo cível, não restará caracterizada a fraude, concedendo-se um lapso ao devedor, durante o qual os atos de disposição patrimonial não poderão ser considerados ineficazes.

Do outro lado está a corrente doutrinária que entende que a existência da ação penal, *de per se*, é suficiente para deflagrar o termo a partir do qual os atos de disposição do patrimônio do réu podem ser considerados em fraude à execução.

Assim porque, como muito bem defendido por CAHALI, sob a mesma lógica e fundamento da posição majoritária que admite a fraude na pendência de ação de conhecimento, não há que se exigir a existência do título executivo judicial transitado em julgado, vez que em ambos os casos “o crédito do ofendido está condicionado à sua verificação por um provimento

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, v. 2, p. 182.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 602257/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 03/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 343.

judicial definitivo, circunstância que, pela similitude, sujeita o ofensor-réu à indisponibilidade relativa de seu patrimônio”³⁶.

Ainda nas palavras de CAHALI

havendo elementos quanto à existência do crime e de sua autoria, em condições de legitimar o oferecimento de denúncia contra o agente, toda alienação por ele feita após a instauração do procedimento criminal, que inviabilize o ressarcimento da condenação indenizatória, comporta qualificar-se como ato em *fraude de execução*³⁷.

Por derradeiro, ainda quanto ao requisito legal da natureza da demanda preexistente, a doutrina se divide quanto à configuração da fraude quando da instalação do juízo arbitral, por ser procedimento sem natureza jurisdicional, entendendo a maioria que, antes da citação do devedor na ação de execução da sentença arbitral, os atos de disposição não se consideram em fraude à execução, podendo, entretanto, serem considerados em fraude contra credores³⁸.

3.1.1.1. AJUIZAMENTO OU CITAÇÃO VÁLIDA

A necessidade de estar o devedor citado na demanda preexistente é, sem dúvida, das mais polêmicas questões, embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha firmado entendimento no sentido de que a citação é efetivamente necessária.

Cumpra assim, *ab initio*, volvermos à conceituação da litispendência, que, nas palavras de THEODOR JÚNIOR consiste “em tornar completa a relação processual trilateral em torno da lide”³⁹, ou seja, superar a situação angular existente somente entre o autor e o estado e trazer o réu à demanda.

³⁶ CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 423/429.

³⁷ CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 425.

³⁸ PENÁ, Ricardo Chemale Selistre. Ob. Cit., p. 78.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. Cit., Vol. I, 2000 b, p. 296.

À teor do artigo 219 do Código de Processo Civil vigente, somente a citação válida é que induz a litispendência, mas a existência de demanda lhe é, obviamente, anterior, considerando-se proposta tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara, como reza o art. 263 daquele mesmo diploma, que faz ainda expressa ressalva no sentido de que os efeitos da norma anterior só se fazem sentir pelo réu quanto validamente citado.

Em poucas palavras, não há que se falar em litispendência sem citação válida.

E como citação válida, por sua vez, deve-se entender a citação completa, finalizada, no caso das modalidades reais, quando efetivada a entrega do mandado pelo Oficial de Justiça ou da carta/seed, não importando tenha retornado; e, para o caso das fictas, como da citação por hora certa ou por edital, quando completo todos os atos formais exigidos por essas modalidades citatórias.

Firmadas essas premissas, nos parece que para a corrente que doutrinária que entende desnecessária a citação válida, bastando a distribuição do feito, decorre que, em verdade, dispensa-se a própria litispendência, embora o termo permaneça sendo utilizado como requisito por muitos doutrinadores.

Para essa corrente, integrada por CAHALI, a melhor interpretação do exato teor da norma processual conduz à conclusão de que basta a existência de demanda, pois o legislador utilizou-se da expressão “demanda em curso”, sem condicionar a hipótese à citação do devedor⁴⁰.

Também em defesa dessa tese, entre outras tantas vozes abalizadas de nossa doutrina, DIAS afirma que

Mister é concluir-se que, a partir da propositura da ação, pela distribuição da petição inicial ou pela determinação do ato citatório, nos precisos termos do art. 263 do CPC, se estabelece a relação processual.

⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 431.

Neste momento, verifica-se o pressuposto para o reconhecimento da fraude à execução, conforme estabelece o art. 593 do Estatuto Processual, já que passa a “pender” ou “correr” demanda contra o devedor⁴¹.

SALAMACHA nos esclarece pensar da mesma forma Ernesto Antunes de Carvalho, afirmando que qualquer outro entendimento contrariaria o princípio da efetividade do processo⁴².

De outro lado, em representação à maioria, FREDERICO MARQUES afirma que “é a litispendência que, no Código vigente, marca o momento a partir do qual a alienação ou oneração se caracterizam como ilícitas ou fraudulentas, porquanto a coisa se torna litigiosa concomitantemente com a constituição da litispendência (art.219)”⁴³.

Nessa linha, PEÑA esclarece sua posição:

Apesar dos respeitáveis argumentos da corrente que entende bastar a propositura da ação para configurar-se a litispendência, cujo fundamento está no art. 263 do CPC, considerando proposta a ação tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara, acertado é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça visto que a fraude do inciso I supõe litigiosidade sobre o bem alienado ou onerado e a do inciso II requer litispendência, efeitos esses que decorrem, não da distribuição da ação, mas da citação válida, conforme previsto na segunda parte do art. 219⁴⁴.

Como dissemos no início desse tópico, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a citação válida é requisito absolutamente indispensável, como se verifica nos seguintes julgados:

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. Fraude à execução (algumas questões controvertidas). Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/2139-fraude-a-execucao-algumas-questoes-controvertidas>

⁴² SALAMACHA, José Eli. Ob. Cit., p.24.

⁴³ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 1986-87, v. 4, p. 49.

⁴⁴ PEÑA, Ricardo Chemale Selistre. Ob. Cit., p. 75.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. REQUISITOS. CITAÇÃO VÁLIDA EM AÇÃO CAUTELAR. INSOLVÊNCIA RECONHECIDA. 1. Para configurar a fraude à execução, é necessário que a alienação do bem tenha se dado após ocorrida citação válida, não importando o tipo de ação proposta - se cautelar, cognitiva ou executória. 2. (...). 3. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial⁴⁵ (grifos não originais).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 593, INCISO II, DO CPC. ACÓRDÃO QUE ENTENDE PELA NECESSIDADE DE PRÉVIO ARRESTO PARA O FIM DE CARACTERIZAÇÃO DA FRAUDE. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. A fraude à execução, nos termos do art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil, exige que, ao tempo da alienação ou oneração, haja ação judicial capaz de reduzir o devedor à insolvência, ocorrida citação válida. Nesse sentido, dentre outros: AgRg nos EDcl no REsp 928.447/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 26/11/2010; REsp 1070503/PA, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14/09/2009; REsp 796.812/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 08/09/2009 (...)⁴⁶ (grifos não originais).

Inobstante, crescentes são os precedentes de nossos Tribunais em defesa da primeira corrente, embora nos pareça que naqueles casos os Julgadores ameaharam outros elementos que conduziram à conclusão de que, embora ainda não formalmente citado, o devedor encontrava-se inequivocamente ciente da demanda.

Com efeito, no que na verdade nos parece uma corrente intermediária, que se ergue tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não há que se estabelecer critérios inelásticos para a caracterização da fraude, merecendo cada caso uma avaliação própria dos fatos e circunstâncias que envolveram o ato de disposição patrimonial, o ajuizamento da demanda e a citação do executado.

⁴⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 649139/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010.

⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgReg no Ag 1326565/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012, DJE 17/09/2012.

Nesse sentido, DINAMARCO afirma que a citação não é indispensável, bastando a ciência inequívoca do demandado acerca da demanda proposta, pois “sua efetiva ciência basta para deixar clara a intenção fraudulenta com que tenha desfalcado seu patrimônio” e continua,

afastar inflexivelmente a configurabilidade da fraude antes da citação corresponderia a alimentar o espírito fraudatório dos maus pagadores, a quem seria sempre possível fazer alienações antes de citados (a vivência forense mostra como é fácil ter conhecimento da propositura da demanda antes da citação)⁴⁷.

Seguindo essa linha de raciocínio, em precedente memorável do Ministro João Otávio de Noronha, que começa a servir como paradigma em nossos Tribunais Estaduais, a Quarta Turma concluiu pela caracterização da fraude, embora o devedor ainda não estivesse citado, porquanto se encontrava ciente do ajuizamento da ação e, ainda, tentou esquivar-se da citação.

Confirmam-se parte dos fundamentos do voto condutor do sobredito precedente:

De regra, a caracterização da fraude de execução exige a ocorrência de litispendência, esta caracterizada pela citação válida do devedor no processo de conhecimento ou de execução.

No caso presente, há que se ater à peculiaridade levada em conta pela decisão recorrida, qual seja, quando da alienação do bem, portanto, no momento caracterizador da fraude, o devedor-executado tinha pleno conhecimento do ajuizamento da execução e, como forma de subtrair-se à responsabilidade executiva decorrente da atividade jurisdicional esquivou-se da citação de modo a impedir a caracterização da litispendência (...).

Inegável, portanto, que no caso em questão o ato fraudulento do executado maltratou não apenas o interesse privado do credor, mas sim a eficácia e o próprio prestígio da atividade jurisdicional, razão por que o ato de alienação de bens praticado pelo executado, ainda que anteriormente à citação, ontologicamente analisado no acórdão

⁴⁷ DINAMARCO, Ob. Cit., 2002, p. 295.

recorrido, está mesmo a caracterizar fraude de execução, impondo, como consequência a declaração de sua ineficácia perante o credor-exequente⁴⁸ (grifos não originais).

Antes mesmo daquele julgamento, aquela C. Corte já dava indícios de que caminharía nesse sentido:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. DOAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 593, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Para a caracterização da fraude de execução, prevista no art. 593, II, do Código de Processo Civil, é necessário que ao tempo da alienação/onerção esteja em curso ação com citação válida. Precedentes. 2. Se ficar provado, porém, que antes da citação, já estavam alienantes e donatários cientes da demanda, não há como afastar a conclusão da existência de fraude. 3. Recurso especial não conhecido⁴⁹ (grifos não originais).

Admitindo-se, então, que a citação pode ser dispensada, desde que o devedor esteja inequivocamente ciente da demanda contra ele ajuizada, insta perquirir a quem se atribui o ônus de tal prova, resolvendo DINAMARCO de forma absolutamente incisiva “claro que o ônus da prova dessa ciência incumbe a quem alega a fraude, ou seja, ao credor”⁵⁰.

Albergando esse entendimento, o E. Superior Tribunal de Justiça já atribuiu o ônus da prova da ciência do devedor acerca da demanda ao credor:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. INEXISTÊNCIA DE PENHORA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O ADQUIRENTE TINHA CIÊNCIA DA DEMANDA EM CURSO. TERCEIRO DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. I - Na caracterização da fraude à execução, de acordo com a Jurisprudência desta Corte, a simples existência de ação em

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 799.440/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 15/12/2009, DJE 02/02/2010.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 824.520/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 01/12/2008. No mesmo sentido: REsp 234.473, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2001, DJU 18/02/2002 e REsp 212.107, Relator Ministro Ruy Rosado, julgado em 04/11/1999, DJU 07/02/2000.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., 2002, p. 295.

curso no momento da alienação do bem não é suficiente para instaurar a presunção de fraude, sendo necessário, quando não registrada a penhora anterior, "prova da ciência do adquirente acerca da existência da demanda em curso", a qual incumbe ao credor, sendo essa ciência presumida somente na hipótese em que registrada a penhora, na forma do art. 659, § 4º, do Cod. de Proc. Civil. II (...)⁵¹ (grifos não originais).

A questão é, como visto, deveras controversa, nos parecendo mais acertado o entendimento de que cada caso e suas peculiaridades devem ser analisados com parcimônia, exigindo-se, ao menos, restar comprovada pelo credor a ciência do devedor acerca do ajuizamento da demanda.

3.1.2. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR

Desde logo se esclareça que, conforme TEIXEIRA, a insolvência não é requisito para a configuração da hipótese do art. 593, inciso I, do diploma processual, caso em que o devedor alienante pode ter outros bens, livres e desembaraçados, mas incidirá em fraude à execução se dispuser de patrimônio que esteja vinculado à ação fundada em direito real⁵².

Já para a configuração da hipótese do art. 593, inciso II do Código Processual, segundo a redação daquela norma, faz-se também necessário que a demanda em curso seja capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Lembra-nos SILVA que

na terminologia jurídica, a *insolvência* traz consigo sentidos próprios (...). No sentido civil, embora mostre a *impossibilidade de pagar* ou *não poder cumprir os pagamentos devidos*, a insolvência decorre da circunstância de *não possuir o devedor bens suficientes* para o pagamento de todos os seus credores⁵³.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 801488/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 18/12/2009.

⁵² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Fraude de execução*. RT 609/11.

⁵³ SILVA, De Plácido. Ob. Cit., p. 436.

Não se trata, pois, meramente de não ter condições de honrar os pagamentos, mas, em especial, de não ter patrimônio que garanta a integralidade dos débitos, o que se conecta intrinsecamente à hipótese em análise, pois, para que se preencha o requisito da insolvência do devedor, o ato de disposição do patrimônio deve ter o condão de deixar o devedor sem meios de garantir todos os seus credores.

Vê-se assim que a redação da norma em análise não é precisa, pois não importa se a demanda era capaz de reduzir o devedor à insolvência, o que de fato importa é que, dispondo daquele patrimônio, o devedor não disponha mais de patrimônio suficiente à integral satisfação de seus débitos.

Nas palavras de PEÑA:

o patrimônio do devedor representa para o credor a garantia de poder conseguir, em caso de inadimplemento, satisfação coativa pelas vias judiciais. Portanto, para que haja a fraude à execução de que trata o inciso II é indispensável que a redução do patrimônio do devedor decorrente da alienação ou oneração de bens penhoráveis resulte em insolvência, ou seja, em incapacidade patrimonial para suportar a obrigação executada⁵⁴.

O requisito da insolvência está, em verdade, diretamente ligado à concepção do *eventus damni*, exigindo-se que aquele ato de disposição do patrimônio tenha efetivamente gerado prejuízo ao credor, pois se o devedor tiver outros bens suficientes à satisfação de suas dívidas, não há que se falar em fraude à execução.

Segundo o magistério de CAHALI:

E tanto na doutrina como na jurisprudência, há consenso que sentido de que a caracterização dessa modalidade de fraude à execução depende da prova do prejuízo, ou seja, da falta ou insuficiência de outros bens do patrimônio do executado; não basta,

⁵⁴ PEÑA, Ricardo Chemale Selistre. Ob. Cit., p. 88.

só por si, a alienação, sendo imprescindível que, feita quando já pendente demanda contra o devedor, aquela o reduza à insolvência, não encontrando o credor outros bens para sobre eles executar o crédito⁵⁵.

A discussão quanto a este tema fica à cargo do ônus da prova da insolvência, entendendo a aparente maioria que cabe ao devedor comprovar que possui outros bens capazes de garantir e satisfazer seus débitos, em especial por se tratar de prova negativa para o credor.

Nesse sentido, ASSIS afirma que

exigir que credor prova a inexistência de bens penhoráveis constitui exagero flagrante, provando as dificuldades inerentes à prova negativa, a despeito de lhe tocar o ônus da prova. Cabe invocar a presunção da insolvência, decorrente da falta de bens livres para nomear a penhora (art. 750, I). Ao alegar a falta de bens livres o ônus toca ao executado (art. 600, IV), principalmente quanto à titularidade de bens móveis, ou imóveis situados fora do juízo da execução⁵⁶.

Em precedente do Superior Tribunal de Justiça, dos idos de 2005, que ecoou por todos os autores da matéria, de relatoria do Ministro Antônio Pádua Ribeiro, afirmou-se que “nos termos da jurisprudência pacífica deste Tribunal, milita em favor do exequente a presunção *iuris tantum* de que a alienação do bem, no curso da demanda, levaria o devedor à insolvência, cabendo ao adquirente a prova em contrário”⁵⁷.

Entretanto, a até ali então considerada pacífica jurisprudência não se manteve, entendo aquela mesma Terceira Turma, posteriormente, que não apenas não há presunção de insolvência, como o ônus da prova da insolvência do devedor poderia, sim, recair sobre o credor:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O ADQUIRENTE TINHA

⁵⁵ CAHALI. Yussef Said. Ob. Cit., p. 499.

⁵⁶ ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 9ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2004, p. 235.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 127159 / MG, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 19/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 286.

CIÊNCIA DA DEMANDA EM CURSO. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. PRESUNÇÃO. DESCABIMENTO. I - Sem o registro da penhora, o reconhecimento de fraude à execução depende de prova do conhecimento por parte do adquirente do imóvel, de ação pendente contra o devedor capaz de reduzi-lo à insolvência. Precedentes desta Corte. II - Não há falar em presunção de insolvência do devedor em favor do credor quando não efetivado o ato de constrição sobre o bem alienado, (...). Recurso não conhecido⁵⁸ (grifos não originais).

EMENTA: Direito processual civil. Execução de título extrajudicial. Fraude de execução. Pressupostos. Análise. Penhora não efetivada. Prova da insolvência do devedor. Ônus do credor. - Para que a alienação ou oneração de bens seja considerada em fraude de execução, quando ainda não realizada a penhora, é necessário que o credor faça a prova da insolvência de fato do devedor. - Não há de se falar em presunção de insolvência do devedor em favor do credor, portanto, quando ainda não efetivado o ato de constrição sobre os bens alienados. Isso porque a dispensabilidade da prova da insolvência do devedor decorre exatamente da alienação ou oneração de bens que já se encontram sob constrição judicial. - Recurso especial provido⁵⁹ (grifos não originais).

As conclusões a que chegaram os Ministros nos casos acima está diretamente relacionada à aplicação da Súmula 375, que será abordada em tópico próprio nesse estudo.

3.2. MEIO E EFEITOS DA DECISÃO QUE DECRETA A FRAUDE À EXECUÇÃO

O legislador não estabeleceu um procedimento específico para o decreto da fraude à execução, sabendo-se pela prática forense que, via de regra, ela é declarada por meio de decisão interlocutória, após o exequente não mais localizar bens do executado disponíveis para iniciar a fase de apreensão e expropriação, e identifica um patrimônio que fora alienado ou onerado após a

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESp 921.160/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 08/02/2008, DJe 10/03/2008.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 867.502/SP, Relator Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 09/08/2007, DJ 20/08/2007 p. 277.

citação - ou ajuizamento -, e, diante disso, requer ao Juízo, por petição simples, o reconhecimento e o decreto da fraude e, conseqüentemente, a penhora do bem.

Há também a possibilidade de o Exequente indicar um bem alienado/onerado em fraude à execução sem se atentar para essa circunstância, por ausência de registro do ato de disposição do patrimônio, compelindo o adquirente a opor embargos de terceiro e, na contestação destes, caberá ao credor a alegação de fraude, que poderá ser reconhecida pela sentença de improcedência dos embargos.

Assim porque a fraude só poderá ser comprovada e reconhecida nas execuções de título extrajudicial ou, nas demais demandas, quando em fase de cumprimento de sentença, mas será declarada perpetrada antes, pois, em outras palavras, “a sua verificação realiza-se na execução, mas tem caráter declaratório, posto que reconhece vício processual com eficácia *ex tunc*”⁶⁰.

A controvérsia aqui gira em torno da possibilidade de reconhecimento de ofício da fraude à execução e, em defesa dessa tese, ZAVASCKI afirma que “trata-se de ineficácia originária que pode ser reconhecida, se for o caso, de ofício ou por provocação do credor, na execução ou em embargos”⁶¹.

Esse entendimento, não pairam dúvidas, coaduna com a defesa de que a fraude à execução é um instituto de direito processual, verdadeiramente um ato atentatório à dignidade da justiça, como afirmam NERY JÚNIOR. e ANDRADE NERY:

É ato atentatório à dignidade e à administração da justiça, muito mais grave do que a fraude pauliana. Na fraude contra credores o prejudicado direto é o credor, na fraude de execução o prejudicado imediato é o Estado-juiz. (...) Caracterizada a fraude de execução, deve o juiz, *ex officio* ou a requerimento da parte, reconhecê-la⁶² (grifos não originais).

⁶⁰ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2004, p.1296.

⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit.,2000, p. 282.

⁶² NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentada e legislação extravagante*. 9ª ed.. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 849/850.

Albergando esse entendimento, em recentíssimo precedente do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, afirmou-se textualmente que,

como é o patrimônio do devedor que garante suas dívidas, caracteriza fraude à execução a disponibilidade de bens pelo demandado, após a citação, que resulte em sua insolvência, frustrando a atuação da Justiça, podendo ser pronunciada incidentalmente nos autos da execução, de ofício ou a requerimento do credor prejudicado, sem necessidade de ajuizamento de ação própria (grifos não originais)⁶³

Segundo OLIVEIRA NETO⁶⁴, esse posicionamento é plenamente justificável quando a fraude à execução está caracterizada de tal forma que pode ser facilmente constatada pelo juiz, não se fazendo necessária sequer a interferência do interessado; e, por se tratar de ato atentatório à dignidade da justiça, não seria concebível que o ilícito civil se perpetrasse só porque a parte não requereu o reconhecimento da fraude.

De outro lado, ASSIS⁶⁵ afirma que a declaração de existência da fraude “dependerá de postulação do credor”, com o que concorda DINAMARCO, aduzindo que muito embora seja considerada uma afronta a um concreto ato estatal já consumado, não parece adequado admitir que o juiz a declare ineficaz perante a execução, sem requerimento da parte⁶⁶.

No que nos parece uma posição bastante acertada, PEÑA defende que a necessidade de requerimento expresso está, inclusive, ligada ao princípio a causalidade, ou seja, às consequências de eventual reforma da decisão que declarou a fraude. Afinal, quem arcará com os ônus da sucumbência nos eventuais embargos de terceiro e até mesmo, se o caso, com as perdas e danos suportados pelo adquirente, será o credor, e não o Estado-juiz⁶⁷.

Atentando-se a essa questão, PEÑA afirma ainda que

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.252.353/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/05/2013, DJE 21/06/2013.

⁶⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de. O reconhecimento judicial da fraude de execução. In *Execução civil : aspectos polêmicos*. São Paulo : Dialética, 2005, p. 344.

⁶⁵ ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 242.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., p. 398.

⁶⁷ PEÑA, Ricardo Chemale Selistre. Ob. Cit., p. 116.

Caso o juiz, após a declaração de fraude à execução de ofício, determine a penhora sobre determinado bem, e, uma vez opostos os embargos de terceiro contra o exequente-embargado, este venha a concordar com o pedido do embargante, não é justo que o embargado tenha que arcar com os ônus sucumbenciais. É certo que o exequente não deu causa ao processo, tendo o incidente decorrido de um ato que não lhe pode ser imputado. Trata-se de uma falha do judiciário e, por conseguinte, só o Poder Público poderia responder por suas consequências⁶⁸.

Em consonância com essa tese, o Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou, afirmando que “fraude à execução não é matéria de conhecimento de ofício pelo magistrado”⁶⁹.

Superada a questão do meio jurídico de reconhecimento e a divergência acerca da possibilidade de seu reconhecimento de ofício, passemos aos efeitos, práticos inclusive, da decisão que decreta a ocorrência de ato de disposição de patrimônio em fraude à execução.

Como adiantamos no primeiro capítulo deste estudo, com o reconhecimento da fraude se declara a ineficácia do ato de disposição patrimonial, fazendo com que o bem volte a responder pela dívida.

Segundo CAIS, essa ineficácia é parcial e relativa,

porque o negócio jurídico produz seu efeito primário de transmitir o domínio do bem, ou seja, a transmissão é plenamente válida e eficaz, porém o negócio jurídico inquinado pela fraude não produz seu efeito secundário, consistente em excluir a responsabilidade do bem pelas obrigações de quem o aliena. Relativa, porque somente perante o credor é que o ato se considera ineficaz⁷⁰.

⁶⁸ PEÑA, Ricardo Chemale Selistre. Ob. Cit., p. 119.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 51286/RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 04/09/2012.

⁷⁰ CAIS, Frederico F. S. *Fraude de execução*. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 143

Pelo magistério de ZAVASCKI⁷¹, a ineficácia deve ser denominada como primária, pois o bem continua sujeito aos atos executivos, como se o ato de disposição patrimonial não tivesse existido, cabendo ao terceiro adquirente ou beneficiado com a fraude defender seus interesses pelos meios cabíveis.

Mas essa declaração de ineficácia somente beneficia o credor que a requereu, não podendo beneficiar, conseqüentemente, eventuais outros credores; razão pela qual o ato permanece válido entre o devedor e o adquirente, não se cancelando os registros imobiliários ou perante os órgãos de trânsito, fazendo-se apenas anotação para conhecimento de terceiros, prosseguindo-se com os atos expropriatórios.

Nesse passo, a consequência prática da declaração de ineficácia do ato é que, se a dívida vier a ser adimplida pelo devedor ou por terceiro, resultando na extinção da execução, ou se a demanda vier a ser extinta por qualquer motivo, o ato de disposição patrimonial permanecerá hígido⁷².

Por corolário lógico, se a pagamento dessa dívida advier da expropriação do patrimônio alienado/ onerado em fraude à execução e restar algum saldo, esse será revertido em favor do adquirente e não do devedor, do contrario se estaria premiando aquele fraudou, contemplando-o novamente sem qualquer causa.

3.3. MEIOS DE DEFESA DO DEVEDOR E DO ADQUIRENTE

Consoante se verificou nesse estudo, a decisão que decreta a fraude à execução será proferida em meio à demanda em curso, sem características extintivas ou terminativas, de cunho, portanto, eminentemente interlocutória.

Nesse passo, caberá ao executado interpôr recurso de agravo de instrumento, a teor do art. 522 do Código de Processo Civil, posto que, na hipótese, a decisão poderá causar ao devedor

⁷¹ ZAVASCKI, Teoria Albino. Ob. Cit., p. 273.

⁷² SALAMACHA, José Eli. Ob. Cit., p. 26/27.

lesão grave e de difícil reparação, consistente na expropriação do patrimônio e, ainda, em razão da inadmissibilidade de apelação nessa fase processual.

Em interessante precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, frisou-se ser o agravo o único meio hábil à impugnação da decisão que decreta a fraude, ainda quando o devedor foi incluído no polo passivo através da desconsideração da personalidade jurídica da devedora original:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato judicial que determinou a penhora de bens do impetrante, após ter sido determinada a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, reconhecendo, outrossim, a ocorrência de fraude à execução quanto a transferência de cotas sociais feita pelo impetrante - Decisão passível de recurso de agravo de instrumento, com efeito suspensivo, nos termos dos arts. 522 e 558 do CPC - Impetração descabida nesta hipótese Art. 5º, inc. II, da Lei n.12.096/2009. Inicial da impetração indeferida (grifos não originais)⁷³.

A decretação de ineficácia do ato de disposição do patrimônio, todavia, não afetará apenas os interesses do devedor, atingirá fatalmente o interesse do terceiro adquirente ou beneficiado pela oneração que, porquanto não seja parte na demanda, em princípio, não poderá defender-se por meio do agravo de instrumento.

O terceiro, entretanto, poderá figurar como assistente litisconsorcial do devedor, precisa hipótese do art. 42, parágrafo 2º do diploma processual, como nos ensina THEODORO JÚNIOR:

O terceiro, na realidade, não é parte do processo, porque mesmo após a alienação do bem litigioso, a legitimidade *ad causam* continua retida na pessoa do alienante (art. 42) e o eventual ingresso do adquirente em juízo somente se dará como assistente e não

⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança 0060833-33.2013.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Thiago de Siqueira, julgado em 08/05/2013.

como substituto da parte que lhe transmitiu o bem (art. 42, §2º) (grifos não originais)⁷⁴.

Sob esse mesmo enfoque, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a interposição de recurso nos mesmos autos contra a decisão que decretou a fraude pelo terceiro adquirente, com fulcro no art. 499, parágrafo 1º do Código Processual, atendendo aos princípios da instrumentalidade e economia processual, porquanto efetivamente demonstrado “o *legítimo interesse jurídico* derivado do nexo de *interdependência* entre o seu interesse em intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”, ficando assim ementado:

EMENTA: Processo civil. Recurso especial. Processo de execução. Construção de bens de terceiro. Interposição de recurso. Terceiro prejudicado. CPC, art. 499, § 1º. Instrumentalidade e economia processual. Possibilidade.

- Em processo de execução, o terceiro afetado pela construção judicial de seus bens poderá opor embargos de terceiro à execução ou interpor recurso contra a decisão constritiva, na condição de terceiro prejudicado, exegese conforme a instrumentalidade do processo e o escopo de economia processual. - Recurso especial a que se dá provimento (grifos não originais)⁷⁵.

Não obstante, via de regra, o terceiro adquirente somente será cientificado da penhora quando já estiver precluso o direito de interpor recurso de agravo, de modo que só poderá buscar defender seus interesses através dos Embargos de Terceiro, previstos pelo art. 1.046 do Código processual; afinal “sem embargo de não ser parte, o terceiro adquirente, que irá suportar em seu patrimônio os efeitos da execução, tem irrecusável direito ao contraditório⁷⁶”.

Com o ajuizamento de demanda própria, restará garantido ao adquirente o contraditório e a ampla defesa, como nos ensina LUCON:

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. Cit. *Curso...*, p. 133.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 329513/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/12/2001, DJ 11/03/2002, p. 254.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. Cit. 2000b, p. 133.

a ação de embargos de terceiro dá ensejo a um processo cognitivo e com ampla produção probatória, no qual o embargante pretende uma sentença de mérito apta a declarar *incidenter tantum* a sua boa-fé e a ausência de fraude à execução, bem como deconstituir *principaliter* a ordem judicial que atingiu seus direitos, liberando o bem da constrição judicial (grifos não originais) ⁷⁷.

Os embargos de terceiro são, pois, um processo de conhecimento, por meio do qual o adquirente poderá provar sua boa fé, como fato constitutivo de seu direito e, portanto, fato impeditivo à penhora do bem que está em seu patrimônio.

Muito embora antes houvesse divergência quanto à legitimidade do promitente comprador promover os embargos, com a edição da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, pacificou-se o entendimento de que “é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

Assim, a ação de embargos poderá ser proposta pelo promitente comprador ainda que o instrumento particular não esteja registrado, demonstrada a justa posse e a quitação do preço e mesmo que a compra e venda tenha sido lavrada por escritura pública, somente não levada à registro.

Os embargos também são admitidos pelo cônjuge para defender os bens que lhe couberam na partilha, já homologada, porém sem a averbação do respectivo formal, porquanto a sentença homologatória confere suficiente verossimilhança à resguardar o bem, sem prejuízo, evidentemente, de se verificarem os demais pressupostos da fraude, que poderá, pois, ser declarada na sentença dos embargos ⁷⁸.

Interessante discussão se levanta acerca do valor a ser dado à causa nos embargos de terceiro, sem olvidar-se que “o valor da causa deve corresponder ao benefício patrimonial

⁷⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora*. RePro, São Paulo : RT, v. 98, 2000, p. 166.

⁷⁸ CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 494/495.

almejado pela embargante, que, na espécie corresponde ao valor do bem que pretende a liberação da constrição⁷⁹.

A questão é quando o valor do bem supera o valor executado, tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado seu entendimento:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. VALOR DA CAUSA. VALOR DO BEM OBJETO DA CONSTRIÇÃO. LIMITE. VALOR DO DÉBITO. PRECEDENTES.

1. Esta Corte Superior possui entendimento firmado no sentido de que o valor da causa, nos embargos de terceiro, corresponderá ao valor do bem objeto da constrição limitado ao valor do débito.
2. Agravo regimental não provido (grifo não originais)⁸⁰.

Outra interessante discussão nos embargos de terceiro opostos pelo adquirente diz respeito a ser, ou não, devida a condenação em honorários advocatícios em favor do autor dos embargos julgados procedentes, em face de sua boa fé, mas quando ausente o registro da penhora ou do compromisso de compra e venda.

Nesse tocante, nos idos de 2003, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 303 atribuindo àquele “que deu causa à constrição indevida” os ônus da sucumbência.

Revela-se, assim, o prevalecimento do princípio da causalidade, em contraposição ao princípio da sucumbência, “pois, de ordinário, o sucumbente é responsável pela instauração do processo e assim, condenado nas despesas processuais. O princípio da sucumbência, contudo, cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide⁸¹”.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 9028626-61.2009.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Ribeiro da Silva, julgado em 24.03.2010.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1220317/SP, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 303597/SP, Ministra Relatora Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 17/04/2001, DJ 11/06/2001, p. 209.

4. OUTRAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS

4.1. A BOA FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE

Como dissemos no início desse estudo, desde seu nascedouro os institutos da fraude contra credores e de seu paralelo processual, a fraude à execução, têm por escopo reprimir a perfídia do devedor; uma vez que o princípio da boa fé é o “caminho pelo qual a moral entra no Direito”⁸², como norteador de todas as relações jurídicas, orientando a solução dos conflitos de interesses.

Voltemos ao elemento diferenciador entre os institutos, que aqui denominamos de “necessidade de comprovação do elemento subjetivo do ato de disposição” (item 2.3.4.), quando afirmamos que na fraude à execução a má intenção do devedor em concluir com o adquirente (*consilium fraudis*) é presumida (*in re ipsa*), admitindo prova em contrário (*iuris es de iure*), o que, em princípio, nos forçava a concluir que o ônus da prova era do devedor ou do terceiro adquirente.

Assim porque, nas palavras de CAHALI,

a lei dispensava a prova do elemento subjetivo da fraude, do *consilium fraudis*; a intenção fraudulenta está *in re ipsa*, e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional; no plano do Direito Processual é impertinente discutir-se o *consilium fraudis*, bastando o fato da alienação ou do gravame; (...) a fraude à execução não exige, pois, má-fé, ou culpa do adquirente ou possuidor; toda indagação da má fé é estranha à condição do instituto⁸³ (grifos não originais).

Em ferrenha defesa dessa tese, DIAS afirma que

⁸² CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 43.

⁸³ CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 502.

A necessidade de resguardo da boa-fé do adquirente, no entanto, não pode ser suplantada pelo interesse público relevante de se assegurar o resultado efetivo da atividade jurisdicional. Ao dar-se ensejo de que a postura do devedor, ao pretender desonerar-se do adimplemento de suas obrigações, judicialmente reconhecidas, merece resguardada como lícita, onerando-se o credor com a prova do consilium fraudis, é, além de inverter os encargos probatórios, impor-se condição de existência, que não dispõe de referencial legislativo.

(...) despicienda a perquirição do elemento subjetivo do adquirente do bem, para que seja ignorado o negócio jurídico, no âmbito da demanda, uma vez que o instituto da fraude à execução tutela interesse público prevalente, de resguardo à própria Justiça e respeito ao Poder Judiciário⁸⁴ (grifos não originais).

Não obstante, como lá dissemos, pela melhor interpretação das lições deixadas por Liebman e Pontes de Miranda, a lei não exigia a prova do elemento subjetivo por ser ele presumível, não por ser dispensável⁸⁵; de modo que nada impedia que o adquirente fizesse prova capaz de elidir tal presunção, demonstrando que agiu com cautela e boa fé, justificando seu desconhecimento da demanda e do estado de insolvência do devedor.

Ocorre que essa posição, outrora pacífica na doutrina e jurisprudência, sob direta influência do princípio da boa fé, vem sofrendo substancial alteração, impondo ao credor o ônus da prova acerca da ciência do adquirente sobre a demanda, como afirma SALAMACHA

Resultado dessa preocupação com a boa fé é que, nos tribunais brasileiros, e em especial no STJ, prevalece atualmente entendimento de que, na alienação onerosa em fraude à execução, deve estar presente, além do elemento objetivo (dano suportado pelo credor em face da insolvência do devedor), o elemento subjetivo, que é a ciência efetiva ou presumida pelo terceiro adquirente da existência de demanda contra o alienante, sob pena de prevalecer a boa fé do adquirente e não se caracterizar a fraude à execução⁸⁶ (grifos não originais).

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. Ob. Cit.

⁸⁵ CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 74.

⁸⁶ SALAMACHA, José Eli. Ob. Cit., p. 27.

Estaria ocorrendo, pois, uma inversão do ônus probatório, transferindo ao credor a responsabilidade de produzir prova que elida a presunção de que o adquirente agiu de boa fé, quando não constar do registro a existência da penhora, o que culminou com as alterações de 2002 e 2006 no código processual e com a edição da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, de 2009, tema que será melhor abordado seguir.

A posição se alterou a tal ponto, que DINAMARCO afirma que

em princípio, só podem considerar-se ineficazes os atos de disposição ou oneração de bens em fraude à execução se o adquirente tiver conhecimento da existência do processo ou houver razões para que não pude ignorá-las. Como é ele quem irá suportar diretamente os inconvenientes dessa ineficácia, não se admite que esta se imponha quando estiver absolutamente inocente, não sabendo e não tendo razoavelmente como saber da litispendência⁸⁷ (grifos não originais).

Servem de exemplo dessa posição os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça de 1999 e 2007, respectivamente:

PROCESSO CIVIL. FRAUDE DE EXECUÇÃO (CPC, ART. 593-II). ALIENAÇÃO APÓS A CITAÇÃO MAS ANTERIOR A CONSTRIÇÃO. CIÊNCIA DO ADQUIRENTE DA DEMANDA EM CURSO. ÔNUS DO CREDOR. PROVA. RECURSO DESACOLHIDO. I - Em se tratando de fraude de execução, impõe-se identificar a espécie, tantas são as hipóteses do complexo tema, sendo distintas as contempladas nos incisos do art. 593, CPC. II - Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso. III - Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593-II, CPC⁸⁸.

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. Cit., p. 444.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 235.267/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 14/12/1999, DJ 08/03/2000, p. 126.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. 1. Para caracterizar a fraude à execução não bastam o ajuizamento da ação e o despacho inicial do juiz determinando a citação, é necessário que tenha ocorrido a citação válida do devedor. 2. Somente ocorre a presunção absoluta do *consilium fraudis* nos casos de venda de bem penhorado ou arrestado, se o ato constrictivo estiver registrado no Cadastro de Registro de Imóveis-CRI. 3. Recurso especial provido⁸⁹(grifos não originais).

Parte da doutrina, entretanto, questiona esse entendimento, pois, se de um lado se privilegia a boa fé do adquirente, com fulcro na segurança dos negócios jurídicos, por outro, não se pode olvidar que em um Estado Democrático de Direito deve-se contar com um sistema jurídico capaz de tornar efetiva a prestação jurisdicional, o que não ocorre em sua plenitude quando se deixa ao credor o ônus da prova da má fé do adquirente, a qual, evidentemente, não é de fácil demonstração⁹⁰, podendo ir de encontro, inclusive, com a moderna teoria da carga dinâmica do ônus probatório.

Em crítica sob enfoque mais técnico processual, CAHALI afirma que essa “nova versão” da fraude na execução “compromete o sistema jurídico brasileiro, baralhando de vez os institutos da fraude de execução e da fraude contra credores”⁹¹.

4.2. O PRÉVIO REGISTRO IMOBILIÁRIO E A SÚMULA 375/STJ

Como reflexo direto da já então crescente posição doutrinária e jurisprudência, que exige do credor a prova da existência do *consilium fraudis*, é que se insere o art. 659, parágrafo 4º do Código de Processo Civil, com as alterações trazidas pela Lei 10.444/2002, que lhe impôs a seguinte redação:

Art. 659.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 911.660/MS, Rel. Ministro Castro Meira. Segunda Turma, julgado em 10/04/2007, DJ 23/07/2007, p. 250.

⁹⁰ SALAMACHA, José Eli. Ob. Cit., 28.

⁹¹ CAHALI, Yussef Said. Ob. Cit., p. 506.

§ 4º - A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.

DIAS nos esclarece que o registro da penhora - também disposto no art. 167 e 169 da Lei de Registros Públicos -, entretanto, não é pressuposto à configuração da fraude à execução, mas um direito do credor, em sentido material, não havendo qualquer consequência jurídica ante seu inadimplemento, seja de nulidade do ato judicial ou de eventual ineficácia⁹².

Nesse mesmo sentido, afirma TEIXEIRA, que obrigatoriedade e necessidade não se confundem, de modo que o exame da matéria “não deve ser focalizado sob a ótica da necessidade ou não do registro, mas sim do ônus da prova”⁹³.

Isto porque, muito embora não seja considerado um requisito que integre as formalidades da penhora, nem mesmo necessário para que surja o direito de preferência do exequente em relação a outros credores, fato é que o registro impede que eventual adquirente do bem alegue o desconhecimento da restrição judicial que sobre ele recaía, justamente por gerar presunção absoluta de conhecimento por terceiros.

Nas palavras de MEDINA:

Se, de um lado, realizado o registro, é inescusável o desconhecimento da penhora, por terceiro que venha a adquirir o bem, por outro lado, inexistindo o registro a que se refere o art. 659, §4º, do CPC, ocorre o inverso: a ausência de registro faz presumir que se encontra de boa-fé o terceiro adquirente. Cumpre ao exequente desfazer tal presunção, demonstrando que o terceiro conhecia a penhora que incidia sobre o bem⁹⁴ (grifos não originais).

⁹² DIAS, Maria Berenice. Ob.cit.

⁹³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Fraude de Execução*. RT 609/11.

⁹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo Civil Moderno. Execução*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, p. 146.

Citado por inúmeros outros autores, em trabalho considerado primoroso, ERPEN afirma que “a penhora não levada a registro é inoponível, por si só, frente a outro ato judicial ou extrajudicial que tenha logrado êxito junto ao Registro Imobiliário, salvo se, em ação própria, for demonstrada a má fé do adquirente, que não se presume”⁹⁵.

Sob esse mesmo enfoque é que se insere a redação do art. 615-A e §3o do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei 11.382/2006, que assim reza:

Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação.

Para alguns autores, como BUENO, embora a redação da norma prescreva que o exequente ‘poderá’ levar a distribuição da demanda à registro perante os órgãos competentes desde o ajuizamento da demanda, tal ato deverá ser traduzido como *ônus* e não mera faculdade⁹⁶.

Nesse exato sentido, MELO afirma que

Antes, o exequente tinha só o ônus de averbar a penhora no Registro de Imóveis (CPC, art. 659, §4º) e se não o fizer, havendo aquisição do imóvel penhorado por terceiro tinha condições de saber da demanda e da penhora. Agora, tendo ciência da existência de bens passíveis de penhora, tem também *o ônus de averbar a distribuição da execução* (CPC, art. 615-A). Se não o fizer, a omissão poderá ser interpretada em seu desfavor, tendo o ônus de comprovar que o terceiro tinha condições de saber da

⁹⁵ ERPEN, Décio Antônio. A fraude à execução e o desprestígio da função jurisdicional. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 12, n 14, p. 224/248, 1990.

⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3. p. 46.

demanda pendente. A inovação, se não cumprida injustificadamente pelo exequente, poderá ser mais um ponto a favor do terceiro de boa-fé⁹⁷ (grifos não originais).

Assim caminhou a jurisprudência de nossos tribunais, culminando com a edição da Sumula 375, em 2009, pelo Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo que “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça se pacificou no sentido de que, sem o prévio registro da penhora, competirá ao credor comprovar a existência do *consilium fraudis*, no que vemos como um outro requisito, jurisprudencial, para a configuração da fraude à execução, como se vê no seguinte julgado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. REQUISITOS. SÚMULA Nº 375/STJ. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte que se encontra consolidada no sentido de que a simples existência de ação em curso no momento da alienação do bem não é suficiente para evidenciar a fraude à execução, sendo necessário, caso não haja penhora anterior, devidamente registrada, que se prove o conhecimento da referida ação judicial pelo adquirente, para que se possa considerar caracterizada a sua má-fé, bem como o consilium fraudis. Inteligência da Súmula nº 375/STJ. 2. A reforma do julgado demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido⁹⁸ (grifos não originais).

Evidentemente os tribunais pátrios passaram a adotar, com alguma divergência, o entendimento sumulado por aquela Corte, como demonstra o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo:

⁹⁷ MELO, Diogo Leonardo Machado. Art. 615-A do CPC e a fraude à execução em alienação imobiliária: mais um motivo para proteção ao terceiro de boa-fé? *in Aspectos Polêmicos da nova execução*. Coordenação Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008; p. 135.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1024779/MS, Rel.. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013.

EMENTA: EXECUÇÃO – Arresto. Fraude à execução. Inocorrência. Proteção ao terceiro de boa-fé. Súmula 375 do STJ - O reconhecimento da fraude à execução depende do registro do arresto do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. Alienação após a notificação dos devedores na medida cautelar de protesto contra alienação de bens. Irrelevância. Precedentes do STJ - Manutenção da decisão que declarou insubsistente o arresto face à alienação. Recurso desprovido⁹⁹ (grifos não originais).

Significa que o fato de não ter sido registrada a penhora não impede a alegação da fraude à execução, que poderá ser caracterizada desde que demonstrados os demais requisitos já expostos nesse estudo; mas, nesse caso, o exequente terá o ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento da demanda e agiu em conluio com o alienante, de modo que o registro serve, em verdade, como prova pré constituída e irrefragável das restrições quem pendiam sobre o bem.

4.3. O BEM DE FAMÍLIA

O artigo 591 do diploma processual estabelece que o devedor responderá por suas obrigações com todos os seus bens, presentes ou futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei; restrições essas em que se enquadram as hipóteses dos bens absolutamente impenhoráveis, previstas pelos incisos do art. 649 daquele mesmo diploma, bem assim o imóvel residencial do casal ou entidade familiar, a teor do art. 1º da Lei do bem de família, nº 8.009/90.

A própria norma, entretanto, dispõe sobre duas exceções à impenhorabilidade do bem de família, merecendo análise a hipótese do art. 4º, porquanto inserto no tema objeto de estudo, que aponta verdadeira hipótese de fraude à execução determinada pelo art. 593, inciso III do diploma processual, ou seja, trata-se de um caso de fraude expresse em lei esparsa.

Com efeito, a teor daquela disposição legal, o devedor não poderá se beneficiar da impenhorabilidade do bem se família se, sabendo-se insolvente, adquire bem mais valioso para

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0050660-47.2013.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Álvaro Torres Júnior, julgado em 26.08.2013.

utilizar como residência, nele concentrando os valores antes dispersos em outros bens móveis ou imóveis¹⁰⁰.

O parágrafo primeiro da mencionada norma traz a solução, conferindo ao Juiz a decisão de transferir a impenhorabilidade para a moradia anterior ou tornar ineficaz a venda desta, liberando a mais valiosa para a execução.

Em já antigo precedente do Superior Tribunal de Justiça entendeu-se por outra exceção à impenhorabilidade do imóvel residencial que “não incide, se o devedor muda sua residência para imóvel já construído”¹⁰¹.

Nesse mesmo sentido, aliás, se restar demonstrado que o devedor, propositadamente, desfez-se do restante de seu patrimônio a fim de sobre seu único bem alegar a impenhorabilidade do bem de família, a fraude restará configurada:

RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VENDA DE BENS EM FRAUDE À EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AFASTAMENTO DA PROTEÇÃO. POSSIBILIDADE. FRAUDE QUE INDICA ABUSO DE DIREITO.

1. Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Ao alienar todos os seus bens, menos um, durante o curso de processo que poderia levá-lo à insolvência, o devedor não obrou apenas em fraude à execução: atuou também com fraude aos dispositivos da Lei 8.009/90, uma vez que procura utilizar a proteção conferida pela Lei com a clara intenção de prejudicar credores. 2. Nessas hipóteses, é possível, com fundamento em abuso de direito, afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90. 3. Recurso especial conhecido e não provido¹⁰² (grifos não originais).

¹⁰⁰ ASSIS, Araken de. Ob. Cit., 2004, p. 241.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 7904/ RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/04/1998, DJ 15/06/1998, p. 110.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1299580/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/03/2012, DJe 25/10/2012.

A alienação ou oneração do próprio bem de família, entretanto, parece ser perfeitamente admitida por aquela Corte Superior, pois,

em se tratando de único bem de família, o imóvel familiar é revestido de impenhorabilidade absoluta, consoante a Lei 8.009/1990, tendo em vista a proteção à moradia conferida pela CF; segundo a jurisprudência desta Corte, não há fraude à execução na alienação de bem impenhorável, tendo em vista que o bem de família jamais será expropriado para satisfazer a execução, não tendo o exequente qualquer interesse jurídico em ter a venda considerada ineficaz¹⁰³ (grifos não originais).

Contudo, tal entendimento contrasta com precedentes mais antigos daquela mesma Corte, que não admitiram a alegação da impenhorabilidade do bem família pelo próprio terceiro adquirente em defesa de seus interesses nos embargos de terceiro, sob a assertiva de que “o reconhecimento da fraude importa ineficácia da alienação, relativamente a execução. Em assim sendo, não pode o adquirente invocar os benefícios daquela lei”¹⁰⁴.

Afinal, nem mesmo a alienação ou aquisição parcial do bem, reconhecidamente em fraude à execução, tem o condão de afastar a proteção à integralidade do bem conferida à residência familiar, como se decidiu nos seguintes julgados:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. MEAÇÃO DE APARTAMENTO. PROTEÇÃO À INTEGRALIDADE DO BEM. TERCEIRA INTERESSADA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. A impenhorabilidade de bem de família pode ser alegada, por simples petição, no curso do processo de execução. 2. A proteção instituída pela Lei 8.009/90, quando reconhecida sobre metade de apartamento integrante da meação da viúva, deve ser estendida a todo o bem, mesmo que tenha sido considerada em fraude à execução a cessão em seu benefício de direitos hereditários relativos à outra metade do bem

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 255799 / RS, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 27/09/2013. No mesmo sentido: REsp 976566 / RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 04/05/2010.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 65536 / SP, Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 14/08/1995, DJ 25/09/1995 p. 31106.

indivisível. 3. Necessidade intimação da meeira, titular do direito de propriedade atingido pela decisão que, em execução da qual não era parte, decretou em fraude à execução a transferência em seu favor dos direitos hereditários sobre a fração do apartamento. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido¹⁰⁵ (grifos não originais).

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. PROTEÇÃO À INTEGRALIDADE DO BEM. 1. Em se constatando que o imóvel no qual reside a recorrente é um bem de família, ainda que parte dele tenha sido adquirida em suposta fraude à execução, a impenhorabilidade da parte não eivada de vício (os 50% da recorrente) se estenderia à totalidade do bem, salvo se se tratar de imóvel suscetível de divisão. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se dá parcial provimento¹⁰⁶.

Não obstante, uma vez reconhecida a fraude, a condição de bem de família se desnatura e o devedor não mais poderá se utilizar desse argumento a fim de impedir os atos expropriatórios que se seguirão, pois “o bem que retorna ao patrimônio do devedor, por força de reconhecimento de fraude à execução, não goza da proteção da impenhorabilidade disposta pela Lei nº. 8.009/1990, sob pena de prestigiar-se a má fé do executado”¹⁰⁷

Constata-se, pois, que a questão é bastante controversa em nossa jurisprudência e não encontra estudos doutrinários mais aprofundados, de modo que aplicação da lei da impenhorabilidade do bem de família deve ser vista sempre com a devida parcimônia diante da possibilidade da fraude.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 32166/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 10/04/2012.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1084059/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/04/2013, DJe 23/04/2013.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgReg no REsp 1085381/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009.

5. CONCLUSÃO

A doutrina pátria aponta, em consenso, que a fraude à execução tem origem no direito romano, afirmando-se que em princípio as ações se voltam ao adquirente, mas ao tempo de Justiniano já se concebia a ação pauliana ou revocatória com os efeitos que vemos no sistema jurídico hodiernamente.

No sistema jurídico Nacional a fraude à execução foi inserida através das Ordenações de Portugal, já encontrando contornos desde os primeiros decretos da época do Império e, ainda, nas Constituições Estaduais que se seguiram na época da República, para então, apresentar-se de forma expressa no Código de Processo Civil de 1939 e, com algumas sutis alterações, no diploma processual atualmente vigente.

Ao avaliar as semelhanças e divergência entre a fraude à execução e o instituto a fraude contra credores, tomando-os por institutos paralelos ou o primeiro como especialização do segundo, constata-se que ambos têm como requisitos essenciais e cumulativos: (i) o ato de disposição do patrimônio (oneração ou alienação) por parte do devedor; (ii) a intenção de prejudicar o credor de dívida anterior ao ato (*consilium fraudis*); (iii) o prejuízo efetivamente gerado ao credor (*eventus damni*).

O grande traço diferenciador entre é que a fraude à execução alcança não só credor e devedor, mas também terceiro(s) e, em especial, o Estado, mostrando-se verdadeiro atentado à dignidade da justiça e violando a efetividade da prestação jurisdicional.

Salvo alguns posicionamentos divergentes, tem-se para a posição majoritária que a fraude à execução é instituto de direito público e processual, enquanto a fraude contra credores é de natureza material e de interesses particulares, portanto, de direito privado.

Como elemento diferenciador efetivamente relevante, verifica-se que, para que reste configurada à fraude a execução, o ato de disposição do patrimônio se dê quando houver demanda em curso; do contrário, trata-se fraude contra credores.

Merecem apontamento ainda os seguintes elementos diferenciadores: (i) na fraude à execução o elemento subjetivo é presumido, enquanto na fraude contra credores, ele deverá ser demonstrado pelo credor, embora se tenha verificado nesse estudo que a atual jurisprudência pátria aproximou os institutos, afastando a presunção de má fé do terceiro adquirente; (ii) a fraude à execução poderá ser declarada nos próprios autos, por meio de petição simples, enquanto a fraude contra credores exige o ajuizamento de ação própria, a ação pauliana; (iii) por derradeiro, na fraude à execução se reconhece a ineficácia do ato fraudulento, enquanto na fraude contra credores, resguardados mais modernos posicionamentos, há a anulação do ato.

Assim, com amparo nas posições majoritárias e na letra da lei, ousamos conceituar que a fraude à execução é um instituto de direito público, inserto no direito processual civil, que tem como efeito tornar ineficaz o ato de disposição do patrimônio pelo proprietário devedor, cometido com o intuito de frustrar a satisfação do credor, quando já existir contra ele demanda que seja capaz de lhe conduzir à insolvência ou na qual se discuta direito real sobre o próprio patrimônio.

Aprofundando nos requisitos legais, concluímos que a fraude à execução poderá ser reconhecida seja qual for a natureza da demanda em curso, podendo ser cognitiva, executiva ou até mesmo cautelar, desde que dotada de carga condenatória suficiente.

No tocante às ações penais, que geram maior divergência na doutrina, nos escoramos na corrente que defende ser a ação penal, *de per si*, suficiente para deflagrar o termo a partir do qual os atos de disposição do patrimônio do réu podem ser considerados em fraude à execução; do contrário se concederia um lapso ao devedor, entre o trânsito da sentença condenatória e o ajuizamento da ação civil indenizatória.

Ainda no tocante à demanda em curso, nos parece mais acertada uma posição intermediária, que se ergue tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que entende não ser possível estabelecer critérios inelásticos para a caracterização da fraude, fixando-o a partir da citação ou do simples ajuizamento da demanda, merecendo cada caso uma avaliação própria dos

fatos e circunstâncias que envolveram o ato de disposição patrimonial, o ajuizamento da demanda, a citação do executado e a ciência do devedor.

Já no tocante ao requisito da insolvência do devedor, concluímos que a posição da jurisprudência pátria, atualmente, atribui ao credor o ônus de comprova-la, embora se trate de prova negativa que, pela teoria da carga dinâmica do ônus da prova, poderia ser mais facilmente produzida pelo devedor.

A decisão que reconhece a fraude à execução que, salvo algumas divergências sem grande expressão prática, não poderá ser reconhecida *ex officio* pelo Juízo, resultará na ineficácia do ato de disposição, gerando efeitos somente entre exequente e executado; razão pela qual, em termos práticos, se a expropriação satisfizer integralmente a dívida e restar algum saldo, ou se esta for satisfeita por algum outro meio, o resultado se reverterá em benefício do adquirente.

A decisão que decreta a fraude poderá ser objeto de recurso de agravo de instrumento, tanto pelo devedor quanto pelo terceiro, que poderá até mesmo figurar como assistente litisconsorcial; entretanto, via de regra, o adquirente impugnará a decisão pela via dos embargos de terceiro, que deverão ter como limite de valor de causa o valor do bem ou o valor da dívida, o que for menor e, no qual, aplica-se o princípio da causalidade para imposição dos ônus sucumbenciais.

Analisando as questões mais controversas, constatamos que a jurisprudência pátria caminhou para uma inversão do ônus probatório, transferindo ao credor a responsabilidade de produzir prova que elida a presunção de que o adquirente agiu de boa fé, quando não houver prévio registro a existência da penhora, o que culminou com as alterações de 2002 e 2006 no código processual e com a edição da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, de 2009.

Em razão desse entendimento, verifica-se que o fato de não ter sido registrada a penhora não impede a alegação da fraude à execução, que poderá ser caracterizada desde que demonstrados os demais requisitos legais; mas, nesse caso, o exequente terá o ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento da demanda e que agiu em conluio com o alienante.

Concluimos, ao final, que a questão do bem de família é bastante controversa em nossa jurisprudência, de modo que aplicação a impenhorabilidade deve ser vista sempre com a devida parcimônia diante da possibilidade da ocorrência da fraude.

Nota-se, em conclusão, manifesta incerteza quanto aos elementos que compõem a fraude à execução, gerando insegurança jurídica às partes no processo e àqueles atingidos pelas decisões proferidas em juízo.

Nesse diapasão, torna-se necessário que se observe a finalidade precípua do instituto da fraude de execução, que é a defesa dos legítimos interesses do credor e a efetividade da prestação jurisdicional, norteando-se sempre pelo princípio da boa fé.

6. BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 6.

_____. *Manual do processo de execução*. 9ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2004.

BRÊTAS DE CARVALHO, Ronaldo. *Fraude à execução/nulidades. Digesto de Processo/Revista Brasileira de Direito Processual*. v. 03. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BUENO, Cassio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3. p. 46.

CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2008.

CAIS, Frederico F. S. *Fraude de execução*. São Paulo : Saraiva, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, v. 2.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974.

DIAS, Maria Berenice. Fraude à execução (algumas questões controvertidas). Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/2139-fraude-a-execucao-algumas-questoes-controvertidas>

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2004, v. 4.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002, t. I e II.

ERPEN, Décio Antônio. A fraude à execução e o desprestígio da função jurisdicional. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 12, n 14, p. 224/248, 1990.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2004.

LIMA, Alvino. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, n.1.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1974.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. *RePro*, São Paulo : RT, v. 98, 2000, p. 166.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 1986-87, v. 4.

MEDINA, José Miguel Garcia. Processo Civil Moderno. *Execução*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, p. 146.

MELO, Diogo Leonardo Machado. Art. 615-A do CPC e a fraude à execução em alienação imobiliária: mais um motivo para proteção ao terceiro de boa-fé? *in Aspectos Polêmicos da nova execução*. Coordenação Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008; p. 135.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentada e legislação extravagante*. 9ª ed.. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fraude à execução: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. O reconhecimento judicial da fraude de execução. *In Execução civil : aspectos polêmicos*. São Paulo : Dialética, 2005.

PENÃ, Ricardo Chemale Selistre. *Fraude à execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I: Introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

SALAMACHA, José Eli. *Execução Civil: estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior / coordenação Ernani Fidélis dos Santos...(et all)*. *Fraude à Execução – Proteção do credor e do adquirente de Boa-fé*. São Paulo : RT, 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude de execução e o devido processo legal*. RT 766/782

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Fraude de execução*. RT 609/11.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude Contra Credores e Fraude de Execução*. RT, v.776, jun. 2000 a.

_____. *Curso de direito processual civil - processo de execução e processo cautelar*. Volume I e II, Rio de Janeiro : Forense, 2000 b.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2005, v.1.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*. v. 8: do processo de execução. São Paulo: RT, 2000.