UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

FRAUDE À EXECUÇÃO EM FACE DO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ

THIAGO SANTACATTERINA FLORES

Caxias do Sul, 2007.

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

FRAUDE À EXECUÇÃO EM FACE DO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ

Projeto monográfico apresentado no Curso Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Augustin

THIAGO SANTACATTERINA FLORES

Caxias do Sul, 2007.

RESUMO

A presente monografia tem por escopo caracterizar o instituto da fraude de execução, instrumento típico na ordem jurídica nacional, tendente a garantir a eficácia da prestação jurisdicional, pela desconstituição de ato jurídico malicioso e fraudulento. Este estudo deve partir de uma breve análise acerca dos procedimentos executórios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos princípios atinentes a estes e da diferenciação da fraude de execução de outros institutos correlatos, tais quais a fraude contra credores e a desobediência à ordem judicial constrictiva.

Então, compreendidas as características e fundamentos da fraude à execução, pretende-se demonstrar os aspectos práticos da sua decretação, especialmente com relação ao terceiro adquirente de boa-fé, ou seja, aquele que, ignorando o estado de insolvência de outrem, deste adquire bem, única garantia a processo judicial já pendente.

Analisa-se, ainda, a inescapável ponderação de valores, a serem protegidos pelo Estado: de um lado, a boa-fé do adquirente, de outro, o direito do credor ao crédito e à prestação jurisdicional efetiva. Nessa senda, restará determinado quais as possíveis soluções a esta controvérsia, e os meios hoje encontrados pela doutrina e jurisprudência para dirimir esta questão. Palavras-chave: Processo de Execução –

Fraude à Execução – Fraude contra Credores – Terceiro Adquirente de Boa-fé – Averbação da Pendência de Ação Executiva.

ABSTRACT

The present monograph has the scope of characterize the institute of “fraud committed against creditors during an execution suit”, that is a typical instrument of the national juridical system in order to guarantee the efficacy of the jurisdictional rendering by the disregard of a malicious and fraudulent act. This study must part from a briefly analysis about the executive procedure content in the Brazilian legal system, as well as of the respective principles and the difference between this kind of fraud and other similar institutes, like “defrauding of creditors” and “disobedience of a constrictive legal system”.

As soon as this characteristics and fundamentals about “fraud committed against creditors during an execution suit” have been comprehended, this work intend to demonstrate the practical aspects of its decree, specially in relation to a “third-party who purchases in good-faith”, which means that person who, ignoring the insolvency of the seller, purchases an asset that served as only guarantee of a pre-existing suit.

Moreover, this piece analyses the inescapable consideration of values to be protected by the State: in one hand, the good faith of the acquirer and in the other hand the right of the creditor to receive the credit and the effective jurisdictional rendering. In this way, it shall be determined the possible solutions to this controversy and the up-to-date means found by doctrine and jurisprudence to solve this question.

Keywords: Executive Proceeding - Fraud Committed Against Creditors During an Execution Suit – Defraud Against Creditors – Third-party Purchaser – Registering of Pendency of an Execution Suit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO I	
1 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	09
1.1 Do Ato Executivo.....	12
1.2 Dos Princípios Vigentes no Processo de Execução.....	13
1.2.1 Princípio da Máxima Utilidade da Execução.....	15
1.2.2 Princípio do Menor Sacrifício do Executado.....	16
1.2.3 Princípio da Realidade da Execução.....	17
1.3 Das Espécies de Procedimentos Executivos.....	18
1.3.1 Da Execução da Obrigação de Fazer ou Não-Fazer.....	18
1.3.2 Da Execução para a Entrega de Coisa.....	19
1.3.3 Da Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente.....	20
1.4 Dos Requisitos do Processo de Execução.....	21
1.4.1 Do Título Executivo.....	23
1.4.2 Da Inadimplência do Devedor.....	24
1.5 Legitimidade Passiva e Responsabilidade Patrimonial.....	26
1.6 Procedimento Expropriatório.....	31
CAPÍTULO II	
2 DA FRAUDE À EXECUÇÃO.....	37
2.1 Da Fraude Contra Credores.....	39
2.2 Dos Requisitos da Fraude à Execução.....	43
2.2.1 Litispendência.....	43
2.2.2 Frustração dos Meios Executórios.....	45
2.2.2.1 Pendência de Ação Fundada em Direito Real.....	46
2.2.2.2 Pendência de Ação Capaz de Reduzir o Devedor à Insolvência.....	47
2.2.2.3 Disposição de Bem Judicialmente Constrito.....	49
2.2.2.4 Transferência da Impenhorabilidade de Imóvel Residencial.....	50

2.3 A Má-Fé do Terceiro Adquirente como Requisito para a Decretação da Fraude à Execução.....	51
2.4 A Prova da Má-Fé do Terceiro Adquirente.....	57
2.4.1 A Averbação da Pendência de Ação Executiva contra o Alienante..	60
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

O grande desafio que modernamente se impõe ao Direito Processual Civil, em especial no Brasil, é garantir efetividade ao Direito Material, buscando celeridade e certeza da prestação jurisdicional.

Dessa maneira, em muito importa a proteção da jurisdição executiva, processo ou fase processual onde se efetiva no mundo dos fatos o direito previamente reconhecido.

Deve-se entender procedimento de execução como o instrumento pelo qual o Estado intervém no mundo fático, através de atos concretos, a fim de garantir determinado bem jurídico a seu justo titular.

Na execução para entrega de quantia certa, movida contra devedor solvente, o Estado-Juiz é incumbido do poder-dever de apropriar parte do patrimônio do executado, com o intuito de adimplir coativamente a obrigação pecuniária por este assumida face o exeqüente.

Assim, o devedor, sobre o qual pende ação judicial, ao desfazer-se maliciosamente de seu patrimônio, frustra a pretensão do credor em receber seu pagamento, assim como a garantia do exeqüente à prestação jurisdicional efetiva, afrontando o próprio Estado, dado o seu interesse em cumprir seu dever institucional. Assim é que a fraude à execução recebeu, em nosso ordenamento jurídico, tratamento especial e específico.

Não obstante, é evidente que, quando da decretação deste vício, será lesado o terceiro que, de boa-fé, adquiriu o bem do executado/alienante, desconhecendo a fraude ou a existência de processo judicial pendente sobre este. Portanto, é inegável a relevância que tal instituto adquire frente ao mundo negocial, já que, considerando-se que a declaração da fraude e a conseqüente ineficácia do negócio jurídico em comento seguramente acarretará prejuízo ao adquirente, ainda que de boa-fé, resta abalada a segurança jurídica do trato comercial.

De outra banda, em não sendo decretada a fraude, o prejuízo será do primeiro credor, ora exeqüente, frente à preservação da boa-fé e da integridade patrimonial de terceiro com o qual não se relaciona.

Nessa senda, nos interessa, mediante a análise das características da fraude à execução e compreensão os princípios regentes deste instituto, investigar a possibilidade de se declarar fraudulenta, e conseqüentemente ineficaz, a alienação de bem integrante do patrimônio de devedor sobre o qual pende ação judicial, se o adquirente deste mesmo bem desconhecia a existência da lide.

A partir da ponderação dos valores jurídicos conflitantes, relativamente à proteção da boa-fé do terceiro adquirente, ou da garantia de efetividade à jurisdição executiva, pretende-se determinar se, ainda que o bem seja alienado em fraude à execução, será mais relevante à Justiça a preservação da boa-fé de terceiro, estranho à relação processual e desconhecedor desta, ou a garantia judicial do direito creditício legitimamente reconhecido e consolidado.

Ademais, importa perquirir acerca da presunção de boa-fé, por parte do adquirente do bem alienado em fraude à execução, hipótese em que caberia ao exeqüente o ônus da prova em contrário.

É neste sentido que vem se manifestando a jurisprudência e a doutrina pátrias, estabelecendo que deve ser preservada a boa-fé do terceiro, não se podendo causar prejuízo a quem não concorreu para a consecução do ato ilícito. Portanto, cabe ao exeqüente fazer prova da má-fé do adquirente, nos próprios autos da execução, podendo elidir a presunção da boa-fé do adquirente pode ser ilidida, mediante o registro da execução ou de penhora decorrente desta, em vista da publicidade dos fatos registrados.

1 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Preliminarmente à análise aprofundada do tema sobre o qual versa o presente trabalho, mister delimitar a área de interesse e incidência do instituto sob exame, ou seja, necessário que se verifique, ainda que perfunctoriamente, em que situações é aplicável a Fraude à Execução.

Conforme se verá adiante, a Lei considera fraudulenta qualquer disposição patrimonial ocorrida quando contra o alienante corria *ação fundada em direito real* ou *demanda capaz de levá-lo à insolvência*¹. Assim, não tendo a legislação feito qualquer exceção, ou especificado o tipo de ação ou demanda a que se refere, claro está que, mesmo na constância de processo cognitivo, poderá ser reconhecido o vício na alienação ou oneração levada a cabo pelo devedor, enquadrando-se na hipótese sob exame.

Todavia, a Fraude à Execução poderá ser reconhecida e declarada tão-somente durante o curso do processo de execução. Mesmo que a alienação fraudulenta seja levada a efeito durante o trâmite do processo de conhecimento, é impossível que se reconheça, imediatamente, este vício e a conseqüente ineficácia da alienação. Tal se deve unicamente ao fato de que se desconhece, na constância do processo de cognição, o resultado final; restando a possibilidade de que o suposto credor não tenha seu alegado direito creditício reconhecido judicialmente, ocasião em que a aludida disposição patrimonial do réu vencedor não representará prejuízo ou frustração do interesse de outrem.

Não se olvida, entretanto, que vencida a fase cognitiva do processo, poderá ser executado o título judicial através do procedimento ora denominado de cumprimento da sentença, no qual, como se verá abaixo, aplicam-se subsidiariamente as disposições concernentes ao processo de execução. Então, a fraude cometida durante o processo de conhecimento poderá ser conhecida, caso presentes os requisitos bastantes, que serão oportunamente examinados.

¹

Art. 593, do Código de Processo Civil.

Cabe, então, discernir o que se entende hodiernamente por procedimento de execução.

Humberto Theodoro Júnior conceitua processo de execução como “o conjunto de atos coordenados em juízo tendentes a atingir (...) a satisfação compulsória do direito do credor à custa de bens do devedor. Esse processo (...) é, em si mesmo, uma relação jurídica continuativa de direito público, que vincula devedor, credor e o Estado, na pessoa do juiz ou Tribunal.²”

Assim, processo de execução é o procedimento pelo qual o Estado invade a esfera patrimonial do devedor, sem sua colaboração ou mesmo contra sua vontade, a fim de satisfazer o direito subjetivo do exeqüente, adimplindo a obrigação assumida pelo devedor ou proporcionando ao credor reparação equivalente. Daí a nomenclatura utilizada pelo Código de Processo Civil, *execução forçada*, tendo em vista a não-colaboração do devedor no cumprimento da obrigação por ele assumida.

Diferentemente do processo de conhecimento, no qual o juiz examina a lide para descobrir e/ou formular a regra jurídica aplicável aos fatos, no processo de execução ele providencia as operações práticas, a fim de fazer valer, no mundo fático, aquela regra. Enquanto o procedimento cognitivo investiga o direito dos litigantes, por fim declarando-o, o procedimento executório parte da certeza do direito do credor, atestado pelo *título executivo*, para garanti-lo materialmente.

Veja-se o que dispõem Cintra, Grinover e Dinamarco:

A função jurisdicional não se limita à emissão de sentença, através do processo de conhecimento. Além de formular concretamente a regra jurídica válida para a espécie, em grande número de casos é necessário atuá-la mediante providências jurisdicionais ulteriores destinadas a modificar a situação de fato existente, adaptando-a ao preceito concreto emergente da sentença. Isso acontece sempre que a sentença haja reconhecido uma obrigação a ser cumprida pelo obrigado, ou (o que na prática é o mesmo) do dever de realizar uma prestação. Nessas sentenças alia-se à declaração a sanção, formando-se pois o título executivo para que possa ser concretamente atuada. (...) No processo executivo põe-se fim ao conflito interindividual, nem sempre inteiramente eliminado mediante o de conhecimento (e às vezes sequer sujeito a este: execução por título extrajudicial). Isso porque a jurisdição não tem escopo meramente cognitivo: tornar efetiva a sanção, mediante a substituição da atividade das partes pela do juiz, é a própria atuação do direito objetivo.³

² THEODORO JÚNIOR, Humberto; Curso de Direito Processual Civil, volume II, 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pág. 124.

³ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO; Teoria Geral do Processo; Ed. Malheiros; págs. 333/336

Assim é que o Estado-juiz presume o direito do exeqüente, tendo em vista a grande probabilidade da existência de obrigação líquida, certa e exigível a justificá-lo, face o título executivo. Então adota medidas coativas, de forma a intervir no patrimônio do devedor, e se sub-roga no dever deste de adimplir a prestação a que está obrigado; por esta razão na atividade executiva é identificado o caráter substitutivo da prestação jurisdicional: porque o Estado substitui o devedor no cumprimento da obrigação, utilizando-se dos meios materiais necessários para tanto.

Ainda, verifica-se no procedimento executivo nítido caráter sancionatório. O devedor, ao deixar de cumprir espontaneamente a obrigação reconhecida no título, submete-se à sanção estatal, vendo-se privado de seu patrimônio contra sua vontade, entre outras formas de atuação do Estado, como a imposição de multa, decretação de prisão, etc.

Cumpre salientar, por fim, as modificações introduzidas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 11.232/05.

Alguns doutrinadores⁴ entendem que esta alteração legislativa, ao inaugurar no nosso sistema jurídico a figura do “Cumprimento da Sentença”, aboliu a *actio iudicati*, ou seja, a dualidade de ações, cognitiva e executória. Se isto não corresponde integralmente à verdade, tendo em vista a permanência, em nosso ordenamento, da ação executiva autônoma por título executivo extrajudicial, efetivamente fortalece a concepção unitária do sistema processual.

Sem adentrar no mérito desta controvérsia, inclusive porquanto não se trata de reforma radical ou incompatível com a ordem jurídica anteriormente vigente (especialmente quando se considera a redação dada ao art. 461 do CPC pela Lei 8.952/94, assim como a natureza das ações possessórias e locatícias, desde há muito aceitas em nosso ordenamento jurídico), destaca-se tão-somente a função executiva do procedimento denominado *Cumprimento da Sentença*.

⁴ Ver Humberto Theodoro Júnior, *op. cit.*; Athos Gusmão Carneiro, *Nova Execução. Aonde vamos? Vamos melhorar.*, Revista de Processo, vol. 123; Luis Guilherme Marinoni, *Novidades na execução por expropriação*, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6518>; em sentido contrário, Araken de Assis, *Manual da Execução*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Em vista do art. 475-R do CPC⁵, que determina a aplicação subsidiária das normas regentes do processo de execução ao cumprimento de sentença, ressurgem nítida a natureza executiva de tal procedimento, destinado a fazer valer, no plano fático, a ordem definida na decisão judicial.

Desse modo, aplicam-se a este procedimento executivo, tal qual ao processo de execução regulado nos arts. 566 a 795 do CPC, as disposições e conceitos que seguem.

1.1 DO ATO EXECUTIVO

Talvez o aspecto mais característico do procedimento executivo, o ato executivo é o ato ou a decisão, emitida por juiz regularmente investido e competente, tendente a modificar o mundo fático, adaptando-o a um comando jurídico, expresso em sentença ou em documento extrajudicial com força executiva.

Para a doutrina clássica, seguidora dos ensinamentos de Pontes de Miranda e Enrico Túlio Liebman, este conceito se restringe aos atos em que o Estado-Juiz se sub-roga na posição do devedor, invadindo a esfera patrimonial deste para, independentemente ou mesmo contra sua vontade, satisfazer o direito do exeqüente. Assim, a função executiva teria caráter direto e substitutivo do devedor, apenas.

Todavia, como bem frisa Araken de Assis⁶, “nada mais consentâneo à multiplicidade das condutas destinadas a re-estabelecer o império do direito, algumas das quais personalíssimas, do que o emprego de vários meios, inclusive os de coerção, contra o executado.” Assim é que o ordenamento jurídico pátrio prevê, entre os diversos meios executórios a serem atuados pelo Magistrado, a fixação de atreintes ou cominação de pena de prisão civil.

⁵ Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução do título extrajudicial.

⁶ ASSIS, Araken de; Manual da Execução. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; pág. 88.

1.2 DOS PRINCÍPIOS VIGENTES NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

O processo de execução, como qualquer instituto jurídico, é animado por diversos princípios, nos quais se encontram expressos os valores preponderantes do sistema jurídico e processual vigente em determinado lugar em dado período.

Estes valores devem ser objeto de estudo, uma vez que são definidores das características fundamentais à qualquer instituto processual, influenciando na interpretação e aplicação das normas e do próprio direito.

Nessa senda, veja-se a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco⁷:

“Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além de seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas, trazendo em si seríssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador.”

Primeiramente, deve-se destacar que, tendo em vista o caráter jurisdicional do procedimento executivo, aplicam-se-lhe os princípios processuais inerentes ao processo de conhecimento, especialmente aqueles constitucionalmente previstos⁸. Assim, vigentes no processo de execução:

- o princípio do livre acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF/88, art. 5º, XXXV); todos os cidadãos têm livre acesso à Justiça, para buscar e fazer valer seus direitos, inclusive utilizando-se dos meios executórios lícitos e legais;

- do juiz natural e imparcial: ninguém pode ser privado de julgamento por juiz independente e imparcial, a fim de se garantir a igualdade dos litigantes em face do Estado-Juiz, razão pela qual a Carta Magna proíbe a existência de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXVII) e a Lei Adjetiva não admite julgamento proferido por Magistrado impedido ou suspeito;

⁷

op. cit.; pág. 56

⁸

Esta classificação tem origem nas lições de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *op. cit.*, págs. 56/83 e 145/155; da mesma forma, a conceituação de cada um dos princípios, apoiada também em Araken de Assis e Luiz Rodrigues Wambier.

- da inércia inicial da jurisdição, e do impulso oficial: o processo de execução instaura-se sempre mediante iniciativa do credor, não havendo execução *ex officio*, a fim de se garantir a imparcialidade daquele que deverá julgar a causa. Todavia, uma vez instaurada a lide, deve o juiz mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a atividade jurisdicional, visando assegurar a continuidade dos atos procedimentais, com o objetivo de dar rápida solução às controvérsias;

- da publicidade dos atos processuais: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (CF/88, art. 93, IX). Vê-se, portanto, que com exceção aos casos em que o direito à intimidade e privacidade das partes ou interessados exigir, o processo e qualquer ato processual será público, com vistas à transparência da atividade jurisdicional. Em uma democracia, o controle dos atos estatais deve ser realizado pelo próprio povo, e tal somente é possível quando os atos são acessíveis a todos;

- da instrumentalidade do processo: o processo é o meio para a consecução do direito material, não devendo, dessa maneira, ser excessivamente formal, de forma a inviabilizar as pretensões das partes. Busca-se, sempre, a economicidade e agilidade nos atos processuais;

- da disponibilidade processual: as pessoas têm a liberdade de exercer ou não seus direitos; o credor tem a opção de fazer valer seu crédito, ou não. Este princípio se verifica de forma muito mais incisiva no processo executivo, uma vez que este existe tão-somente para a satisfação dos direitos do autor; assim, caso o credor pretenda desistir da execução, quanto a um, alguns ou todos os executados, ou quanto a alguma medida ou meio executivo específico (construção de determinado bem, ou designação da pena de prisão do devedor), pendentos ou não embargos do devedor ou de terceiros, a lei lhe assegura amplo poder de disposição sobre o processo, cabendo

unicamente a ele a escolha de movimentar a máquina judicial ou ignorar seu direito, nos termos do art. 569 do CPC⁹.

Por fim, é de salientar a norma ideal, a informar qualquer espécie processual ou procedimental no ordenamento jurídico nacional: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF/88, art. 5º, LV).

Impossível falar, atualmente, no processo de execução como simples instrumento do credor para a busca de seu direito. Mesmo que expressa a prestação devida em título executivo, deve-se preservar sempre o direito do réu a depreender em Juízo as suas razões, garantindo-se-lhe todos os meios de prova para que não se veja compelido a fazer algo a que não se obrigou, nem a pagar quantia que não deve.

Asseverou Cândido Dinamarco¹⁰:

“(...) na medida em que o juiz julga no processo executivo (decisões interlocutórias, questões sobre penhora, seu reforço ou redução, avaliação do bem penhorado, remição, adjudicação, preferência, etc.), sempre algum elemento de convicção é indispensável oferecer, em autêntica instrução probatória. (...) Eis porque, sendo indispensável a instrução esse processo, nos limites dela a incidência do contraditório constitui ditame do próprio sistema.”

Isto posto, passemos à análise dos princípios específicos ao procedimento executivo.

1.2.1 Princípio da Máxima Utilidade da Execução

A execução serve, em primeiro lugar, à satisfação do direito do credor. O processo é um instrumento de atuação do direito material, e a função processual executiva tem por escopo fazer atuar, no mundo fático, o direito do exequente em ver cumprida a obrigação assumida pelo devedor. Portanto, o Estado-Juiz deve atuar de

⁹ Art. 569. O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido; Execução Civil, pág. 166. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

forma a “modificar a realidade, fazendo surgir situação concreta similar, quando não idêntica, à que se teria com a observância espontânea das normas.¹¹”

Assim é que o Direito Processual Civil brasileiro prevê a multa diária, no caso da execução das obrigações de fazer ou ao fazer; a possibilidade de antecipação do resultado do processo executivo, mediante a execução provisória e a própria antecipação da tutela; o arresto de bens do devedor não localizado; e a sanção ao devedor que age de forma desleal.

Destarte, deste enunciado decorre que a execução corre por conta do executado, ou seja, a este cumpre reparar, além da dívida obrigacional, todos os prejuízos que o inadimplemento ou a mora houverem acarretado ao credor, compreendidos nestes os juros, correção monetária, honorários advocatícios e custas processuais.

1.2.2 Princípio do Menor Sacrifício do Executado

Correspondente direto do corolário acima descrito¹², o princípio do menor sacrifício do executado prevê que o processo executivo não é meio idôneo à punição ou castigo do devedor, objetivando unicamente a satisfação do direito do credor, sendo necessariamente útil a este.

Por isso, pode-se qualificar a atividade jurisdicional executiva de *parcial*, ou seja, limitada a agressão patrimonial à parcela necessária para a satisfação do direito do credor, conforme depreendido em Juízo. Dessa maneira, dispõem o art. 659 do CPC que serão penhorados “tantos bens quanto bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios”, e o art. 692, parágrafo único, que “será

¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; Curso de Direito Processual Civil, vol. 2; pág. 128.

¹² Assim é que Araken de Assis sistematiza ambos princípios sob o enunciado “Princípio do Resultado”, de acordo com o qual “O conjunto de meios executórios (...) tem o único objetivo de satisfazer o credor. (...) Toda execução (...) é bem tão bem sucedida, quanto entrega rigorosamente ao exeqüente o bem perseguido, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo. (...) Em consequência da busca incessante da cabal satisfação do credor, o obrigado responderá sozinho pelas despesas do processo. (...) Paralelamente, o princípio do resultado (...) tutela ao executado. Nenhum ato inútil, a exemplo da penhora de bens insignificantes e incapaz de satisfazer o débito, poderá ser consumado. (...) a execução (...) limita-se ao necessário e suficiente para solver a dívida.”

suspensa a arrematação tão logo que o produto da alienação dos bens pagar para o pagamento do credor”.

Wambier enxerga neste enunciado o desdobramento do Princípio da Proporcionalidade, segundo o qual “sempre que houver a necessidade de sacrifício de um direito em prol de outro, esta oneração há de cingir-se aos limites do estritamente necessário”¹³.

Desse modo, o procedimento executivo deve atender unicamente à função a que se dispõe, qual seja a satisfação do direito do exeqüente. Por esta mesma razão, caso existam vários meios para se atingir esse objetivo, sem que se prejudique o credor, deve-se optar pelo modo menos gravoso ao devedor. Não haveria, por óbvio, motivo para que fosse diferente.

Nessa senda, são direitos do executado: requerer a substituição do bem penhorado por outro, de valor semelhante; ficar como depositário dos bens constritos, responsabilizando-se pela conservação destes; e opor-se à arrematação realizada por preço vil, ou seja, muito inferior ao devido.

1.2.3 Princípio da Realidade da Execução

No direito processual civil moderno, a atividade jurisdicional executiva incide, direta e exclusivamente, sobre o patrimônio do devedor ou responsável pelo adimplemento obrigacional, e não sobre a pessoa. Assim, excetuados os casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, previstos no Art. 5º, LXVII Constituição Federal¹⁴, encontra-se vedada no ordenamento jurídico pátrio a prisão por dívidas, ou qualquer forma de coação sobre o corpo ou a liberdade do indivíduo.

Dispõe o art. 591 do CPC, diretriz geral da responsabilidade do devedor na execução: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições previstas em lei.” É por conta

¹³ *op. cit.*, pág. 129.

¹⁴ Art. 5º. LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

deste princípio, portanto, que, não possuindo o devedor bens patrimoniais exeqüíveis, ou seja, que possuam valor econômico, e cuja penhora não esteja vedada pela Lei, a execução será interrompida e suspensa¹⁵.

1.3 DAS ESPÉCIES DE PROCEDIMENTOS EXECUTIVOS

Diversas classificações podem ser feitas com relação aos procedimentos executórios presentes em nosso ordenamento jurídico, tendo por base a origem do título executivo (execução por título extrajudicial ou cumprimento da sentença), a sua estabilidade (execução provisória ou definitiva), a solvabilidade do devedor (insolvência civil ou falência), etc.

Todavia, para os fins propostos no presente trabalho, interessa tão somente a classificação que tem por fundamento a natureza da obrigação a ser adimplida pelo executado, se de fazer, de não fazer, de pagar, ou de entregar coisa certa ou incerta.

1.3.1. Da Execução da Obrigação de Fazer ou Não-Fazer

Como se frisou acima, a execução possui natureza *real*, ou seja, incide sobre o patrimônio do devedor de forma a garantir o adimplemento da obrigação por este assumida. Ocorre que nas obrigações de fazer ou não fazer o objeto da relação jurídica é um procedimento, a realização de um ato, por parte do devedor. Assim, raramente se conseguirá a atuação compulsória do executado para que realize a prestação a que se obrigou, tendo em vista que não pode o Estado cercear a liberdade pessoal do indivíduo, coagindo-o ou constrangendo-o, para que cumpra obrigação civil.

Portanto a Lei Adjetiva prevê o uso de *astreintes*, multas diárias impostas ao demandado como forma de convencimento ao cumprimento da obrigação. Este meio

¹⁵ Art. 791 do CPC: Suspende-se a execução: III – quando o devedor não possuir bens penhoráveis.”

executório coercitivo destoa do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que inexiste, *in casu*, a sub-rogação do Estado-Juiz nos atos de cobrança, que caracteriza a execução forçada. O adimplemento, ainda que incentivado, é espontâneo, tendo em vista a intangibilidade do corpo do devedor.

Não se verificando o adimplemento, todavia, existem dois procedimentos possíveis: sendo fungível a prestação executada, pode o credor pedir seja realizada por terceiro, às custas do devedor; ou sendo infungível a prestação, ou não optando o exeqüente por não se utilizar do primeiro procedimento, pode converter a prestação em indenização, reclamando inclusive perdas e danos.

Saliente-se, desse modo, que a execução das obrigações de fato raramente serão específicas, uma vez que o bem postulado somente poderá ser entregue pelo próprio obrigado; pelo contrário, geralmente se resolverá mediante a apuração de indenização, quantia certa, a ser executada.

1.3.2 Da Execução para a Entrega de Coisa:

Este procedimento objetiva o cumprimento de *obrigações de dar*, em geral, podendo ser fundada em título judicial ou extrajudicial. O código não distingue, como faz a doutrina, as obrigações de *dar, prestar e restituir*, diferenciando tão-somente a entrega de coisa *certa* da entrega de coisa *incerta*. Como bem salienta Humberto Theodoro Júnior¹⁶, a natureza do direito postulado pode ser *real* como *pessoal*. Veja-se:

No feito (...) baseado numa escritura pública de aquisição de imóvel, com constituto possessório, devidamente assentada no Registro Imobiliário, o adquirente que reclama a posse direta do bem retido injustamente ter-se-á uma execução lastreada em direito real. Já no caso de o comprador de coisa móvel que o vendedor não lhe entregou, a execução do contrato se referirá a um direito pessoal, já que o domínio só será adquirido pelo credor após a tradição. Ambas as hipóteses, no entanto, ensejarão oportunidade ao exercício da execução para entrega de coisa.

¹⁶

op. cit.; pág. 238.

Assim, o exeqüente tem por pretensão que o executado lhe entregue coisa, certa ou incerta, móvel ou imóvel, que se encontra sob a posse deste. O procedimento busca, portanto, mediante a busca e apreensão ou a imissão na posse, garantir ao credor o objeto cuja posse ou propriedade lhe pertence.

A única particularidade ocorre no caso de coisa incerta, na qual deve necessariamente ocorrer a individualização do bem buscado. Nesse sentido leciona Vicente Greco Filho¹⁷:

Na execução para entrega de coisa incerta, o Código prevê um procedimento de definição da coisa a ser entregue, seguindo, depois, os trâmites da execução para entrega de coisa certa. Como é evidente, coisa incerta não pode querer dizer coisa indeterminável. Coisa incerta é aquela determinada pelo gênero e pela quantidade, faltando, apenas, individualizá-la. (...) No título deve constar a quem cabe a escolha. Se couber ao devedor, este será citado para entregar a coisa individualizada. Se a escolha couber ao credor, este já a indicará na petição inicial (art. 629 do CPC).

1.3.3 Da Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente:

Este procedimento é qualificado pela doutrina como genérico, uma vez que é subsidiário dos demais; ou seja, não sendo entregue a coisa buscada, ou não sendo adimplida a obrigação de fazer ou não fazer, a execução se resolve mediante a valoração econômica do bem postulado, e o ressarcimento do credor pelo sub-rogação estatal.

Consiste, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior¹⁸, na “expropriação de bens do devedor para apurar judicialmente recursos necessários ao pagamento do credor”. Esta expropriação, ainda segundo o autor mineiro, consiste na “escolha de bens do devedor que se submeterão à sanção; transformação desses bens em dinheiro, ou na sua expressão econômica; e o emprego do numerário ou valor apurado no pagamento a que tem direito o credor”.

¹⁷ Direito Processual Civil Brasileiro, 3º vol. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pág. 58.
¹⁸ *op. cit.*; págs. 264/265

A afetação do patrimônio do devedor, com o intuito de satisfazer o direito do credor, se dá mediante a penhora, ou o arresto, no caso de o devedor não ter sido ainda citado. Prossegue-se, com a posterior alienação judicial em hasta pública do(s) bem(ns) afetado(s), a fim de se obter meios econômicos para a indenização do exeqüente.

A Lei 11.382/2006 modificou o procedimento anteriormente previsto no Código de Processo Civil, ao dar nova redação ao art. 647¹⁹. Assim, o leilão não é mais o meio preferencial de apuração econômica do bem penhorado; o Legislador entendeu por privilegiar a adjudicação e a alienação particular do bem, procedimentos que conferem maior discricionariedade ao exeqüente e agilidade processual. Não obstante, a sistemática permanece inalterada; apenas o destino dado ao bem e o modo como este será convertido em numerário foram modificados.

O exato procedimento, e os requisitos necessários à constrição de bens do devedor serão posteriormente examinados de forma detida, uma vez que essenciais para os fins a que se destina o presente estudo.

Ressalte-se, oportunamente, que não se pretende analisar o procedimento da Execução contra devedor *insolvente*, uma vez que o concurso de credores desimporta ao tema proposto.

1.4 DOS REQUISITOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Inicialmente, cumpre destacar que se aplicam à ação executiva os mesmos pressupostos e condições necessárias ao desenvolvimento da ação cognitiva, tendo em vista o quanto disposto no art. 598²⁰ do CPC, e considerando os fundamentos básicos sobre os quais erigida a ordem jurídica nacional.

19

Art. 647. A expropriação consiste:

I - na adjudicação em favor do exeqüente ou das pessoas indicadas no § 2º do art. 685-A desta Lei;

II - na alienação por iniciativa particular;

III - na alienação em hasta pública;

IV - no usufruto de bem móvel ou imóvel.

20

Art. 598. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.

Portanto, para o regular processamento do feito executivo, “as partes precisam deter capacidade de ser parte e de estar em juízo; o juiz não pode ser impedido nem o juízo ser incompetente; é vedada a reiteração de pretensão executiva já externada em processo em curso (litispendência) ou rejeitada em seu mérito (coisa julgada); a petição inicial deve ser regular e apta; impõe-se a presença de interesse processual, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade das partes”²¹.

Vê-se assim que os pressupostos processuais e as condições de ação devem ser atendidos, de acordo com a teoria geral do processo.

Não obstante, no caso particular do processo de execução, as condições de procedibilidade da ação serão específicas, tendo em vista as particularidades que o envolvem, e considerando-se a violência da intervenção estatal direta na esfera patrimonial do suposto devedor, a exigir rigorosas condições de admissibilidade do procedimento eleito.

Nessa senda, a Lei adjetiva condiciona a admissibilidade da ação executiva a dois requisitos objetivos: a presença de título executivo e o inadimplemento da obrigação ali expressa (arts. 580/587 e 475-N).

A distinção que existe na doutrina, neste tocante, é se os requisitos acima citados pertencem ao mérito da ação executória, ou se, de outra banda, correspondem respectivamente à possibilidade jurídica do pedido e ao interesse processual.

Parte da doutrina²² se filia à segunda corrente, seguindo o ensinamento de Liebman, asseverando que não havendo título executivo não há possibilidade do deferimento da medida pleiteada; e tendo ocorrido o adimplemento espontâneo do devido, inexistente interesse a justificar a movimentação da máquina judicial. Se essa classificação corresponde à verdade fática, ou seja, à ausência ou nulidade do título ou ao adimplemento da obrigação corresponderá o indeferimento da pretensão executória, a falha desta tese está em identificar nestes requisitos a própria existência da ação.

²¹ WAMBIER; Luiz Rodrigues; op. cit.; pág. 49.

²² Ver, Luiz Rodrigues Wambier, pág. 68; Vicente Greco Filho, *op. Cit.*, Humberto Theodoro Júnior, *op. Cit.*, pág. 148; tais doutrinadores inspiram-se nos ensinamentos de Liebman, *in processo de Execução*, que qualifica o título como “condição necessária e suficiente à execução”, e o inadimplemento como a “situação de fato a permitir a execução”.

De acordo com Araken de Assis²³, “a ação que deriva do direito de acesso à justiça, não comporta restrições. Os requisitos sob análise não de referir-se, pois, à pretensão a executar, à ação executória. Por conseguinte, a averiguação do inadimplemento (assim como da existência ou não de título executivo válido) respeita ao mérito”.

Procede a crítica feita, uma vez que, tendo sido adimplida a obrigação assumida no título, ou inexistindo qualquer título a justificar a pretensão deduzida naquele processo, deverá a ação ser resolvida com julgamento de mérito, findando a relação de direito material existente entre credor e devedor.

Mister, visto isso, que se passe à análise de cada um dos requisitos:

1.4.1 Do Título Executivo

Nenhuma execução forçada pode prescindir de título executivo que lhe sirva por base. Tal se encontra expresso na Lei²⁴, e na máxima *nulla executio sine titulo*, propagada pela doutrina nacional e estrangeira.

Título executivo é o documento, que, nos dizeres de Araken de Assis²⁵, “constitui a prova pré-constituída da causa de pedir da ação executória.”

Sua natureza jurídica é assaz controversa na doutrina, devendo-se, não obstante, destacar-se-lhe dois aspectos: material, no qual representa a presunção de certeza da ocorrência de determinado ato jurídico; processual, no qual importa sua natureza formal e documental, determinante à comprovação da obrigação exigida.

A função do título, em realidade, é a de transmitir ao órgão jurisdicional certeza acerca do direito do credor, revelando a obrigação contraída pelo devedor e a sanção correspondente, e, dessa forma, qual o fim a ser alcançado através do processo executivo. Leciona Humberto Theodoro Júnior²⁶:

²³ *op. cit.*; pág. 137

²⁴ Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em **título** de obrigação certa, líquida e exigível.

²⁵ *op. cit.* pág. 142.

²⁶ *op. cit.* pág. 149.

“(...) como pressuposto legal indeclinável que é de toda e qualquer execução, cabe ao título fixar os limites objetivos e subjetivos da coação estatal a ser desencadeada. Cabe-lhe, nesse sentido, definir os sujeitos ativo e passivo, assim como o objeto da execução forçada. (...) Assim, o conteúdo da obrigação, o seu valor ou objeto, os seus acessórios, quem responde pela dívida, quem pode exigi-la, tudo isto há de se definir pelo título executivo”.

Encontram-se previstos, de forma exaustiva, nos arts. 475-N²⁷ e 585²⁸ do CPC, os títulos executivos judiciais e extrajudiciais, respectivamente.

Além da forma prevista em lei, deve conter a identificação das partes e da obrigação, que será objeto da execução. Ademais, a prestação ali apontada deve ser certa, líquida (ou dever-se-á proceder à liquidação do título nos termos dos arts. 475-A a 475-H do CPC) e exigível (ou aguardar-se-á o implemento do termo ou condição).

1.4.2 Da Inadimplência do Devedor

27

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

- I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;
- II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;
- III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;
- IV – a sentença arbitral;
- V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;
- VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

28

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

- I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
- II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;
- III - os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida
- IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio;
- V - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;
- VI - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;
- VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
- VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

É requisito indispensável à execução, classificado pela doutrina como *requisito material*, o inadimplemento da obrigação exigida em Juízo. Enquanto não vencido o débito, não se pode falar em descumprimento da obrigação, ou em exigibilidade do crédito. E não sendo exigível a obrigação, o credor carece de ação executiva, nos termos do art. 586.

Ora, a execução visa o cumprimento forçado de uma obrigação assumida pelo executado. É evidente que, tendo havido o adimplemento da referida obrigação, inexistente interesse no processamento de qualquer meio executório. Não pode o credor pleitear em Juízo aquilo que já lhe foi concedido extrajudicialmente.

Nesse sentido dispõe o Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 581, 1ª parte:

Art. 581. O credor não poderá iniciar a execução, ou nela prosseguir, se o devedor cumprir a obrigação; mas poderá recusar o recebimento da prestação, estabelecida no título executivo, se ela não corresponder ao direito ou à obrigação; caso em que requererá ao juiz a execução, ressalvado ao devedor o direito de embargá-la.
(Grifou-se)

Araken de Assis²⁹ classifica o inadimplemento em *absoluto*, quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo; a omissão do obrigado é irre recuperável³⁰; *relativo*, quando o devedor deixou de efetuar o pagamento em tempo, lugar ou na forma estabelecidos, estando, portanto, em mora; e em *adimplemento ruim*, quando o obrigado adimpliu a prestação devida, mas de forma incorreta. Esta classificação, entretanto, não se nos mostra útil do ponto de vista prático, cingindo-se este debate a plano meramente teórico, pois em todos estes casos é possível a execução.

De outra banda, importa examinar se a causa do inadimplemento afeta, de alguma forma, a exigibilidade da obrigação e, via de consequência, a procedibilidade da execução.

²⁹ *op. cit.*; págs. 181/185.

³⁰ Exemplifica o autor, nos termos: “Se (...) alguém contrata um mágico para alegrar crianças durante um aniversário, e o mesmo não comparece a ele, a descumprimento se mostra definitivo e total.” *Op. cit.*; pág. 182.

Não nos parece possível executar uma obrigação inadimplida por motivo imputável ao devedor. O próprio Código Civil estabelece que, neste caso, a obrigação se resolve³¹ e não se obriga o devedor sequer a indenizar o credor³².

Tal questão se relaciona, todavia, com o direito material, e assim como a alegação, por parte do executado, de haver adimplido o débito, deverá ser comprovada mediante os meios de defesa competentes para tanto, como Embargos de Devedor ou Exceção de Pré-Executividade.

Ressalte-se que o ônus da prova, nesses casos, recai ordinariamente sobre o demandado, uma vez que não tem o exeqüente como provar fato não-ocorrido (o não-pagamento, por exemplo), e porquanto se presume tenha ele efetivo interesse em cobrar o crédito a que faz jus, portanto impago. Somente incumbe ao demandante comprovar o implemento do termo ou condição a que se sujeitava a obrigação³³.

Por fim, em contratos bilaterais, é defeso a um dos contratantes executar obrigação assumida pelo outro, sem que tenha cumprido aquilo que se obrigou. Isto deriva da conjugação dos arts. 476 do Código Civil³⁴ e 582 do CPC³⁵. Assim, cabe ao credor comprovar, nessa situação específica, o adimplemento da sua obrigação.

1.5 LEGITIMIDADE PASSIVA E RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Um dos requisitos para o regular desenvolvimento do procedimento executivo é a legitimação passiva do executado. Segundo Liebman³⁶, “parte legítima é a pessoa que pode promover e contra a qual se pode promover a execução”.

³¹ P. ex., os arts. 234 a 236 do Código Civil.

³² Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

³³ Art. 614. Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial: (...) III - com a prova de que se verificou a condição, ou ocorreu o termo (art. 572).

³⁴ “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

³⁵ Art. 582. Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta.

³⁶ Processo de Execução, n. 37, pág. 71.

Geralmente o executado será aquele identificado no título como responsável pelo adimplemento da prestação devida.

Assim, todo aquele contra o qual puder ser direcionado ato executivo, tendente à expropriação patrimonial, será parte passiva na execução. Não obstante, qualquer ato executivo direcionado a quem não deva figurar no pólo passivo da execução, ou seja, a quem não tenha a obrigação de adimplir a dívida ou suportar o procedimento executivo, será anulável.

Isto se deve ao fato de o executado não ter responsabilidade pelo adimplemento da obrigação ora executada, não sendo possível ao ente estatal que exerça sobre ele qualquer tipo de força ou coação tendente ao cumprimento de obrigação que não assumiu ou que tenha o dever de cumprir.

Da mesma forma, o ato eivado deste vício é imprestável, pois o responsável legítimo pelo cumprimento da obrigação, uma vez ausente do processo, não pôde exercer os direitos constitucionais inerentes à ampla defesa, como o contraditório e o direito de recurso.

Por isso, o próprio CPC delimita quem pode ser sujeito passivo na execução, em seu art. 568³⁷. Estas hipóteses, todavia, ocorrem quando o próprio responsável assume, espontaneamente, o cumprimento da prestação devida, seja originalmente, no caso do próprio devedor, seja em favor deste, no caso de seu sucessor (a título singular ou a título universal, como no espólio ou herança) ou substituto (o sub-rogado passivo ou o fiador judicial), seja por força de lei, no caso do responsável tributário.

Existem, todavia, situações específicas em que o patrimônio de terceiros, estranhos à relação processual, encontram-se sujeitos à expropriação estatal, por conta de particularidade qualquer. Nesses casos, bens que se encontram fora da esfera patrimonial do executado respondem, da mesma forma, ao cumprimento da obrigação por este assumida.

³⁷

Art. 568. São sujeitos passivos na execução:

I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo;

II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

III - o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;

IV - o fiador judicial;

V - o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

As hipóteses acima mencionadas encontram-se previstas na Lei Adjetiva, nos seguintes termos:

Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;

II - do sócio, nos termos da lei;

III - do devedor, quando em poder de terceiros;

IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;

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

Vê-se da leitura dos dispositivos supra transcritos que a fraude à execução é uma das situações que a doutrina denomina de *responsabilidade secundária*.

Yussef Said Cahali vislumbra³⁸, nestas situações, “um caso de responsabilidade civil extrajudicial; terceiro que intervém, ciente e consciente da fraude do devedor, concorrendo, desta forma, para a violação de um contrato anterior”.

O fundamento para esta relação processual, entre credor e terceiro, é a dicotomia existente entre *obrigação* e *responsabilidade*, institutos diversos no ordenamento jurídico nacional.

Ensina o professor Araken de Assis³⁹:

(...) além do devedor, outros sujeitos e outros patrimônios eventualmente se sujeitam à demanda executória. Isto se explica pelo corte entre responsabilidade e obrigação. Embora sob o ângulo subjetivo em geral coincidam, não se afigura rara a hipótese de atribuição de uma e de outra a pessoas diversas.

Humberto Theodoro Júnior, de outra banda, divide a obrigação em dois elementos, estes distintos entre si: um, de caráter pessoal, que é a dívida, e outro de caráter patrimonial, que é a responsabilidade e se traduz na sujeição do patrimônio à sanção civil. Leciona⁴⁰:

(...) (é) certo que não pode existir dívida sem responsabilidade. Mas, o contrário é perfeitamente possível, pois uma pessoa pode sujeitar seu patrimônio ao cumprimento de uma obrigação sem ser o devedor.

³⁸ op. cit.; pág. 49.

³⁹ op. cit.; pág. 197/198

⁴⁰ op. cit.; pág. 165/166

Prossegue o doutrinador:

Há, portanto, profunda diferença de natureza jurídica entre a relação que vincula o devedor ao credor – que é de direito material – e a relação que sujeita o responsável ao juízo da execução – que é de direito processual. Enquanto na primeira existe obrigação, na segunda há sujeição. Assim, os bens do responsável sofrem os efeitos da execução em virtude da sujeição inerente à relação de direito processual, que torna ditos bens destinados à satisfação compulsória do direito do credor.

Ou seja, não se exige que o responsável pelo adimplemento da obrigação seja aquele que assumiu a referida obrigação. Portanto, o sucessor, o sócio e o cônjuge, nas situações determinadas pela Lei, responderão com sua capacidade patrimonial às obrigações por outrem assumidas.

Cumpra-se destacar, todavia, que estes são terceiros em face da relação obrigacional, e não do processo executivo. É imperativo que os responsáveis, ainda que secundários, figurem no pólo passivo da demanda executória, sob pena de nulidade processual.

Continua Araken de Assis:

Na verdade, o obrigado e o responsável são partes passivas na demanda executória porque executados, sem embargo do fato de que, à luz da relação obrigacional, o primeiro assumiu a dívida (e, por isso, também é responsável) e o outro, não.

O mestre gaúcho, todavia, não conceitua o caso de fraude à execução como de responsabilidade secundária, ao contrário; segundo ele, seria um caso especial de responsabilidade primária.

Tal se deveria porquanto a alienação, realizada em fraude à execução, é ineficaz perante o adquirente; ou seja, não produz efeitos no mundo fático. Tem-se como consequência, nessa senda, que os bens objeto da disposição fraudulenta não integram o patrimônio de terceiro, uma vez que jamais deixaram a esfera patrimonial do alienante/executado.

Assim, o devedor e o responsável patrimonial seriam a mesma pessoa, não se podendo falar em responsabilidade secundária, nem se exigindo o chamamento do terceiro adquirente ao processo.

Saliente-se, aqui, porquanto oportuno, que restritos são os casos em que se admite a intervenção de terceiros no processo executivo, por razões diversas, que serão ora examinadas.

Há consenso, doutrinário e jurisprudencial, acerca da inexistência de litisconsórcio ativo necessário na execução, uma vez que se reconhece a cada credor o direito de exigir, separadamente, a parte que lhe toca. Mesmo quando do concurso universal do devedor insolvente, cada credor tem a liberdade de ingressar ou não na execução coletiva, ainda que lhe aproveite o resultado desta.

Quanto ao litisconsórcio passivo, será necessário sempre quando a execução ameaçar o patrimônio de mais de uma pessoa, como no caso da penhora de bem imóvel de casal, quando ambos cônjuges devem integrar o pólo passivo. Já o litisconsórcio facultativo, tanto ativo quanto passivo, é muito mais comum, sendo admitido em qualquer caso de multiplicidade, de credores comuns, devedores solidários ou co-responsáveis.

A assistência é a intervenção voluntária de terceiro interessado, em causa pendente entre outras pessoas, para auxiliar uma das partes a *obter sentença favorável*, conforme conceituação do Código de Processo Civil, em seu art. 50. Ocorre que o processo de execução, como já visto, não se destina à obtenção de uma sentença, dada a ausência de julgamento. Assim, não há falar em assistência na execução, mas tão-somente nos embargos (de devedor ou de terceiro), uma vez que processo cognitivo, tendente à resolução de mérito.

Com relação à denunciação da lide, é pacífico que o procedimento executório não comporta uma ação regressiva de natureza indenizatória; não teria cabimento o executado exigir, de terceiro porventura coobrigado, em sede executiva, reparação pela sanção suportada. Desse modo, inócua seria a denunciação da lide, razão pela qual inadmissível no processo de execução.

Por fim, vejamos o instituto do chamamento ao processo. Admissível, no processo de conhecimento, quando um devedor pretender que outro, solidário ou co-responsável, integre o pólo passivo da lide, para também apresentar defesa ou suportar a sanção jurídica imposta à parte perdedora. Ocorre que no processo de execução, face o princípio da disponibilidade, cabe ao credor optar de qual obrigado deseja exigir

o cumprimento da obrigação a que faz jus, podendo desistir da ação com relação a um ou mais devedores.

Ademais, nítido está, que no procedimento executivo não cabe discussão acerca do mérito da demanda, razão pela qual o debate, entre o devedor e terceiro supostamente obrigado, não interessam a este tipo de processo.

1.6 PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO

Conforme se viu acima, a execução poderá ocorrer de forma direta, com a intervenção do Estado no patrimônio do executado, desapossando-o de seus bens, de forma a se sub-rogar no cumprimento da prestação a que este se obrigou; ou coercitivamente, de forma indireta, exercendo pressão psicológica sobre o devedor, por meio de ameaça, seja à sua pessoa (no caso de prisão civil), seja ao seu patrimônio (p.ex., na fixação de astreinte).

Interessam ao presente estudo, todavia, apenas os meios executivos sub-rogatórios, que podem ser a *transformação*, o *desapossamento* ou a *expropriação*⁴¹.

A *transformação* é a substituição do devedor pelo Estado no cumprimento de obrigação de fazer fungível, ou seja, corresponde a uma atuação do ente público no mundo físico, mediante um procedimento específico, previsto nos arts. 633 e seguintes do CPC, para a consecução de uma obra ou empreendimento que estava a cargo do executado.

O *desapossamento* é o meio pelo qual o Estado localiza, na esfera patrimonial do devedor, um ou mais bens, certos e definidos, tomando-o(s) e entregando-o(s) ao credor. Advém do descumprimento de uma obrigação de entregar coisa certa, ou de algum direito real do exequente, distinguindo-se em *busca e apreensão*, quando o bem objetivado foi móvel, ou *imissão na posse*, quando foi imóvel.

A *expropriação*, por fim, consiste na apreensão de determinada fração do patrimônio do executado, com o intuito de garantir o adimplemento de uma obrigação

⁴¹ Classificação de Araken de Assis. *Op. cit.*, pág.133/134.

pecuniária. Incide, geralmente, em objeto diverso daquele pretendido, a fim de transformar a coisa constricta em dinheiro, e entregar o produto desta ao credor.

Pode-se dar por meio do *desconto*, no salário ou vencimento do devedor, mediante o pagamento direto da fonte pagadora (empregador) ao credor⁴²; por meio da *alienação*, na qual a coisa apreendida é alienada, por iniciativa privada do exeqüente ou em hasta pública, para que o resultado desta venda (dinheiro), seja entregue ao exeqüente; por meio da *adjudicação*, em que o próprio credor adquire o bem, assumindo a propriedade deste; ou ainda sob a forma de *usufruto*, quando, pela expropriação do direito do devedor à fruição e uso da coisa, ao exeqüente ficam reservados os frutos de determinado bem.

Como se vê, a transformação, em que o Estado realiza, por conta própria, o ato a que o devedor se obrigou, e o desapossamento, em que procede a retirada forçada de determinado bem do domínio do devedor, consistem ação simples e imediata do Estado. Por esta razão, são procedimentos até certo ponto imunes a manobras ardilosas ou fraudulentas do executado para se elidir ao cumprimento de suas obrigações.

A expropriação, todavia, é ato complexo, dotado de diversas etapas e procedimentos específicos, a cargo do ente público mas também de responsabilidade do credor; assim é que o devedor frustra, muitas vezes, a atuação executiva do Estado. Portanto, assume especial relevo, face o tema deste trabalho, o exame do procedimento destinado à expropriação patrimonial do devedor.

A primeira etapa do procedimento de expropriação é a constrição de bens, que pode se dar pelo arresto ou pela penhora.

Estes dois institutos jurídicos diferenciam-se com relação ao momento em que atuados; se posterior ou anteriormente à citação do executado. O Código de Processo Civil estatui que cumpre ao Oficial de Justiça, não encontrando o devedor para

⁴² Esta hipótese se restringe ao cumprimento de obrigações alimentícias, por conta da conjugação de dois dispositivos legais:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: (...) IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, (...)

Art. 734. Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.

proceder à sua citação, deverá arrestar seus bens, tantos quanto bastantes para a garantia da dívida⁴³.

Trata-se, como se vê, de medida acautelatória, de natureza executiva, tomada *ex officio*⁴⁴. Assim, é necessário que se tenha procedido às regulares diligências para a citação do executado, sob pena de se praticar medida abusiva e anulável.

O devedor deverá, destarte, ser citado após a efetivação do arresto, e simultaneamente intimado deste ato, a fim de, querendo, apresentar sua defesa nos termos da Lei. Poderá também, nesta oportunidade, nomear bens à penhora, elidindo o arresto.

A penhora, de outra banda, se trata de medida posterior à citação do executado. O devedor, ao ser chamado a integrar a relação processual executiva, poderá apresentar defesa, na forma de embargos de devedor; ou efetuar o pagamento do débito. Abstendo-se de realizar qualquer ato, se sujeitará à ação do Estado, que efetuará a penhora forçada de seu patrimônio.

A disciplina dos embargos de devedor, porquanto extremamente extensa e complexa, não será objeto deste modesto estudo, uma vez que não interessa, diretamente, ao tema proposto. Salienta-se apenas que, com o advento da Lei 11.382/2006, tornou-se desnecessária a garantia do Juízo para a interposição de embargos; ainda, a norma citada retirou dos embargos o efeito suspensivo que antes caracterizava este meio de defesa, podendo o credor, agora, prosseguir na execução, inclusive com a expropriação de bens do devedor.

Portanto, impaga a execução, mesmo em face da apresentação de embargos por parte do devedor, prosseguirá a execução com a penhora de bens do executado.

Segundo Greco Filho⁴⁵, “a penhora é o ato de apreensão de bens com finalidade executiva e que dá início ao conjunto de medidas tendentes à expropriação de bens do devedor para pagamento do credor”.

⁴³ Art. 653. O oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

⁴⁴ O exequente pode, todavia, requerer o arresto, uma vez que se trata de medida acautelatória, desde que haja fundado receio de que o devedor está se desfazendo de seu patrimônio, de modo a se furtar ao cumprimento da obrigação devida, nos termos do art. 615, III, do CPC.

⁴⁵ *op. cit.*; pág. 75.

Caracteriza-se, dessa maneira, por ser ato judicial de caráter executivo, que objetiva a individualização e preservação dos bens do devedor tendentes a serem expropriados para a satisfação do direito do exeqüente.

O patrimônio do executado garante, em sua integralidade, pelo adimplemento de suas obrigações; não pode, todavia, o ofício executivo incidir sobre a coletividade de bens de propriedade do devedor.

Portanto, o procedimento de expropriação deve, necessariamente, iniciar com a afetação de determinada fração do patrimônio do réu, ou seja, individualizar os bens, de propriedade do devedor, sobre os quais atuará o procedimento executivo.

Ademais, a penhora tem por escopo a vinculação da coisa constricta àquele Juízo; o bem estará então reservado para o cumprimento daquela determinada prestação. Assim, o executado não poderá mais realizar, livremente, a transferência do domínio ou posse de ditos bens, sob pena de ineficácia dessas disposições patrimoniais, perante o credor exeqüente.

Por conta desta vinculação, adquire também o credor o direito de preferência sobre a coisa penhorada, em face de outros credores, que penhorem o mesmo bem posteriormente⁴⁶.

Theodoro Júnior, nessa senda, discrimina os efeitos da penhora:

Para o credor, a penhora especifica os bens do devedor sobre que irá exercer o direito de realizar seu crédito, passando a gozar, sobre eles e perante os demais credores quirografários, de um especial direito de prelação e seqüela. Para o devedor, a conseqüência da penhora é a imediata perda da posse direta e da livre disponibilidade dos bens atingidos pela medida constrictiva. (...) Produz, também, eficácia contra terceiros, quando o crédito ou bem do executado atingido pela penhora está na posse temporária de terceiro, este fica obrigado a respeitar o gravame judicial, como depositário (...); além disso, há o efeito geral e erga omnes da penhora que faz com que todo e qualquer terceiro tenha q se abster de negociar com o executado, em torno do domínio do bem penhorado, sob pena de ineficácia da aquisição perante o processo e permanência do vínculo executivo sobre o bem, mesmo que passe a integrar o patrimônio do adquirente.

⁴⁶ Esta preferência cinge-se a credores da mesma categoria. Assim, claro está que o crédito alimentar, tributário, hipotecário ou pignoratício, etc., preferem o crédito quirografário, que é, geralmente, aquele decorrente do processo executivo. Ademais, não subsiste se for instaurado concurso de credores, caso da falência ou insolvência civil, quando todos os bens serão partilhados entre os credores de mesma categoria, de acordo com o tamanho do crédito de cada um.

A eficácia *erga omnes* da penhora, todavia, no caso de bens imóveis, encontra-se condicionada à inscrição da constrição no competente registro público⁴⁷. Assim dispõe o art. 659, §4º, do Código Processual Civil:

§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, 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.

Por todo o exposto, pode-se conceituar a constrição como ato público e estatal, executivo, que inicia a atividade executiva propriamente dita, com a imposição de medidas coativas que independem da colaboração do executado, e tem por fim a afetação de parte determinada do patrimônio do executado, e vinculação desta ao procedimento executivo, para garantia e posterior adimplemento do crédito do exeqüente. Deve observar a ordem de preferência prevista na Lei⁴⁸, ou poderá o credor requerer a substituição do bem constricto por outro de sua indicação⁴⁹.

Ainda, a penhora é ato complexo, compreendendo atos de documentação, apreensão e depósito do bem, inscrição e intimação. É ato formal, representado pelo *auto* (no caso de penhora forçada) ou *termo* (caso o devedor indique bens, em substituição àqueles constrictos) de penhora, e os documentos que possam acompanhá-los, como a certidão de registro imobiliário do bem, assim como autorização do cônjuge para oferecimento de bem imóvel em penhora, etc.

⁴⁷ Não se exige, ao contrário de algumas legislações alienígenas, como a portuguesa ou alemã, o registro da penhora de coisa imóvel para o *aperfeiçoamento* ou validade da penhora; tão-somente para que produza seus efeitos em face de terceiros.

⁴⁸

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

- I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
- II - veículos de via terrestre;
- III - bens móveis em geral;
- IV - bens imóveis;
- V - navios e aeronaves;
- VI - ações e quotas de sociedades empresárias;
- VII - percentual do faturamento de empresa devedora;
- VIII - pedras e metais preciosos;
- IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
- X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- XI - outros direitos.

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia (...).

⁴⁹

Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora: I - se não obedecer à ordem legal;

Prevê a apreensão do bem, direta ou indiretamente. É direito do credor, portanto, ver o bem fisicamente removido da posse direta do devedor e depositado em Juízo, ou com terceiro que assuma o encargo de depositário. Isto se presta à conservação do bem, no sentido tanto de evitar que este se deteriore, quanto de evitar um possível desfazimento, por parte do executado, do bem constrito.

Todavia, é comum na prática forense, em função do princípio do menor sacrifício do executado, constituir o próprio devedor depositário do bem, mantendo-o na posse deste, a fim de lhe evitar maiores prejuízos, restringindo apenas seu poder de disposição da coisa.

Por fim, saliente-se que, para ultimar o ato de constrição, dele devem ser intimados, sob pena de nulidade do ato, o devedor, a fim de estabelecer o contraditório e garantir o amplo direito de defesa; o cônjuge do devedor, no caso de penhora de imóvel; terceiros proprietários ou co-proprietários do bem; e os terceiros que tenham direito de garantia real sobre o bem.

O devedor, intimado da constrição, poderá requerer a substituição do bem penhorado por outro, desde que isto não prejudique o credor⁵⁰. Cumprirá a ele, dessa forma, discriminar o bem oferecido, comprovando sua propriedade, bem como atestar as razões pelas quais a constrição lhe seria menos prejudicial deste modo. Aceita pelo Juízo, será reduzida a termo a penhora sobre este outro bem.

Formalizada a penhora, proceder-se-á à avaliação do bem, que atualmente cabe ao Oficial de Justiça, no mesmo momento da constrição. No entanto, a requerimento das partes, quando for necessário conhecimento específico para a avaliação ou houver fundada dúvida acerca do valor do bem, poderá o Juiz designar perito especialmente para este *mister*.

Dar-se-á, ato seguinte, a expropriação propriamente dita, a fim de entregar ao credor a quantia a que faz jus, seja ela representada pelo próprio bem constrito (adjudicação), por fruto deste advindo (usufruto), ou pelo resultado da alienação da alienação por iniciativa particular ou hasta pública do bem (alienação). Saliente-se que

⁵⁰ Art. 668. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620).

o executado pode, a qualquer momento do processo, remir a execução⁵¹, caso pague o valor total do débito exeqüendo.

Não aprofundaremos, no entanto, o estudo acerca de todos os procedimentos necessários ou incidentes possíveis à expropriação, uma vez que bastam a este trabalho as breves introduções feitas, sendo efetivamente importante ao entendimento da fraude à execução apenas o instituto da penhora, como se verá adiante.

Passemos, então, ao exame do próprio tema.

⁵¹ Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

2 DA FRAUDE À EXECUÇÃO

No direito obrigacional brasileiro, o *dever* de uma pessoa cumprir a prestação a que se obrigou corresponde diretamente ao direito de outra pessoa exigir o adimplemento desta. Dessa forma, descumprida voluntariamente a obrigação, exsurge a *responsabilidade* do obrigado, ou seja, a destinação de seus bens para a satisfação coativa daquele direito creditício, que corresponde, a seu tempo, ao direito do exeqüente de agressão aos bens do executado, por meio de ação judicial.

O credor possui, assim, *direito ao patrimônio do devedor*, uma vez que este se sujeita à intervenção estatal sub-rogatória, que tem como fim o cumprimento da prestação a que o exeqüente teria direito. Para tanto, todos os bens do devedor sujeitam-se ao poder-dever que o Estado tem de invadir sua esfera patrimonial, tendo em vista a coesão característica de todos os elementos que compõem o patrimônio.

Conforme leciona Yussef Said Cahali⁵², “o devedor responde por suas obrigações com os bens que se encontram no seu patrimônio, no momento da execução”.

A definição dos atributos da propriedade está inserida no artigo 1.228 do Código Civil brasileiro, que dá ao proprietário o poder de usar, gozar, fruir e dispor de seus bens. Todavia, considerando que todo o patrimônio do devedor responde pelas obrigações que assumiu, seu direito de propriedade encontra limite no direito da outra parte, no caso, do credor, que quer ver o seu crédito satisfeito.

Pode-se dizer, então, com segurança, que o direito de propriedade do devedor é adstrito pelo direito de crédito do credor, razão pela qual a disposição patrimonial daquele, sem que tenha condições de quitar suas dívidas, enseja a presunção de fraude, em vista do dano causado a este.

Como destaca Araken de Assis:

Realmente, o patrimônio de alguém (...) sempre está in fieri, modificando-se por acréscimo ou diminuição de bens e frutos. E a ordem jurídica não inibe as atividades econômicas de quem assume obrigações. Logo, o devedor conserva

⁵²

CAHALI, Yussef Said; *Fraudes Contra Credores*; 3ª ed., RT; 2002; pág. 25.

a livre disponibilidade de seus bens, incumbindo a seus credores respeitar-lhes os atos negociais (...). Acontece, às vezes, de os atos de disposição do obrigado – e o art. 591 não estatui qualquer ‘congelamento’ patrimonial -, ao invés de retratarem alterações normais, revelarem o propósito de frustrar a realização de direito alheio⁵³.

Saliente-se, consoante lição do insigne professor, que a fraude é exceção no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que este não veda ou proíbe qualquer ato negocial ou disposição patrimonial pela simples existência de débito impago; visa, tão-somente, coibir a redução artificial e maliciosa do patrimônio do devedor, a fim de assegurar direito de outrem. Por este motivo, as hipóteses de fraude encontram-se necessariamente tipificadas em nossa ordem jurídica⁵⁴.

Dispõe o 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.

Verifica-se, desse modo, que determinados bens, ainda que pertencentes a terceiros, respondem pela execução, quando a transmissão de seu domínio se der de forma fraudulenta. Objetiva o Legislador, dessa maneira, preservar o direito do credor, face à manobra ardilosa do devedor tendente a frustrar seu crédito.

Assim, quando sobre os bens, à época da sua aquisição, pendia ação fundada em direito real, ou quando estes forem alienados por devedor contra o qual corria ação capaz de reduzi-lo à insolvência, verifica-se a fraude, por parte do devedor, visando subtrair fração de seu patrimônio à ação executória estatal.

⁵³ *op. cit.*; pág. 234.

⁵⁴ Veja-se os arts. 158 a 165 do Código Civil Brasileiro, para a *fraude contra credores*; e o art. 593 para a *fraude de execução*.

Conceitua-se, então, fraude à execução, como “a alienação de bens pelo devedor, na pendência de um processo capaz de reduzi-lo à insolvência, sem a reserva - em seu patrimônio - de bens suficientes a garantir o débito objeto de cobrança.”⁵⁵

Saliente-se que, por alienação ou oneração de bens, expressões empregadas pelo Diploma Processual, devem ser entendidos quaisquer atos que importem disposição ou diminuição patrimonial *voluntária*, tais como: transferência a título oneroso ou gratuito, penhor, hipoteca, anticrese, dação em pagamento, renúncia à herança, entre outros.

De outra banda, a transferência patrimonial coativa, como a arrematação, adjudicação e o usufruto judiciais, não implicam em fraude, ainda que violem a ordem de preferência de crédito (*p. ex.*, a realização judicial de crédito quirografário, em detrimento de crédito trabalhista)⁵⁶.

A intenção do Legislador, e não pode ser outro o entendimento quando da aplicação prática deste instituto jurídico, é coibir a disposição patrimonial artificial, ou seja, a transferência de bens que não tenha outro fim senão o de prejudicar e frustrar os interesses do credor.

2.1 DA FRAUDE CONTRA CREDITORES

A fim de melhor conceituar fraude à execução, cumpre distinguí-la da fraude contra credores, instituto jurídico com o qual muitas vezes se confunde, na doutrina e jurisprudência, porquanto dotado de características, causas e efeitos muito similares⁵⁷.

A fraude contra credores, em verdade, consiste na diminuição deliberada do patrimônio de determinado indivíduo, de forma a frustrar a satisfação do direito de seus credores, mediante a disposição patrimonial simulada ou fraudulenta⁵⁸. Corresponde a

⁵⁵ CORRÊA, Wilson Leite, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3624>.

⁵⁶ Nesse sentido, ver Araken de Assis, *op. cit.*, pág. 241.

⁵⁷ No direito estrangeiro, inclusive, inexistente a figura da *fraude à execução*, sendo este instituto uma extensão da *fraude contra credores*. A respeito, ver Yussef Said Cahali, *op. cit.*, págs. 85/86.

⁵⁸ Encontra-se tipificada no art. 158 do Código Civil Brasileiro, que dispõe: “Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.”

um vício do ato jurídico, no caso o ato de disposição patrimonial, causa de nulidade ou anulação deste.

Exige-se, nessa senda, para caracterizar a fraude contra credores, a insolvência do devedor (*eventus damni*) e a intenção do devedor e do terceiro adquirente (*consilium fraudis*) de fraudar outras obrigações, frustrando-lhe o cumprimento. É instituto de direito privado, interessando tão-somente aos particulares envolvidos na relação de direito material.

A fraude à execução, por outro lado, é instituto de direito processual, de interesse público; uma vez invocada a prestação jurisdicional, importa ao próprio Estado garantir a efetivação dos direitos do credor. Assim é que possui maior gravidade⁵⁹, já que o ato fraudulento atenta contra a própria dignidade da justiça e efetividade do processo. Pode o magistrado, por esta razão, reconhecer, de ofício, o vício, sem que este tenha sido suscitado pelo exeqüente.

Seus requisitos, já discriminados, são diversos: a pendência de ação judicial fundada em direito real referente ao bem alienado ou gravado; ou a existência de ação judicial contra o devedor, capaz de torná-lo insolvente.

Reconhecida a fraude à execução, o negócio entre o devedor e o terceiro adquirente subsistirá, sendo todavia *ineficaz* perante o credor, que poderá desta forma alcançar o bem. A fraude contra credores é anulável, não subsistindo nem gerando qualquer efeito entre as partes.

Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior, “não se cuida, como se vê, de ato nulo ou anulável. O negócio jurídico, que fraudar a execução, diversamente do que se passa com o que fraudar credores, gera pleno efeito entre alienante e adquirente. Apenas não pode ser oposto ao exeqüente. Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta, como se estas não tivessem ocorrido”⁶⁰.

⁵⁹ No direito brasileiro, inclusive, a fraude à execução é tipificada como crime, no art. 179 do Código Penal. *In verbis*:

Fraude à execução

Art. 179 - Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante queixa.

⁶⁰

op. cit.; pág. 196.

Existem autores, todavia, como Cahali e Dinamarco, que enxergam como finalidade e efeito de ambos institutos a ineficácia do ato viciado; a relação entre o terceiro adquirente e o devedor alienante deveria ser preservada, e não desconstituída. A diferença estaria, apenas, no remédio jurídico apto para sua declaração.

Para o reconhecimento da fraude à execução não há a necessidade de ação própria, podendo ser feito de plano pelo magistrado do processo executivo, naqueles autos, inclusive *ex officio*, uma vez que o defeito do ato é evidente, presumível, não necessitando dilação probatória⁶¹. A decisão é meramente declaratória, com efeito *ex tunc*: o ato fraudulento, uma vez ineficaz, jamais produziu efeitos.

Já os requisitos da fraude contra credores deverão examinados em ação judicial própria, denominada de pauliana ou reivindicatória, uma vez que tendente a anular o ato inválido. Exige-se, neste caso, sentença desconstitutiva de negócio jurídico, que até então se reputava lícito; assim é que esta decisão produzirá efeitos apenas *ex nunc*.

A nota mais evidente a diferenciar ambos institutos, todavia, é o *momento* em que realizada a disposição patrimonial fraudulenta; se pendia, à época da alienação, demanda ou ação judicial, caracterizada a fraude à execução; de modo contrário, apenas a fraude contra credores.

Leciona Mendonça Lima⁶² que, “enquanto não houver ação em juízo, poderá haver fraude contra credores, mas não fraude de execução. Desde que haja ação, não importa se a mesma se rege pelo processo de conhecimento ou pelo processo executivo: desde a propositura, a alienação ou oneração pelo devedor determinarão a fraude de execução, se a hipótese enquadrar-se num dos incisos do art. 593 do CPC”.

Cahali enxerga, assim, mais semelhanças que diferenças entre os institutos em exame, assentando inclusive que a “fraude à execução representa substancialmente uma *especialização da fraude contra credores*”, uma vez que representam, em princípio, medidas conservatórias do patrimônio do devedor, objetivando coibir a diminuição artificial de este por conta de fraude.

⁶¹ Conforme lição de Yussef Cahali, “(...) na fraude à execução, a lei, considerando o elemento subjetivo do *consilium fraudis* como estando *in re ipsa*, simplesmente dispensa-lhe a respectiva prova, na medida que o faz presumido (...)”. *Op. cit.*; pág. 98.

⁶² In Cahali, Yussef Said; *op. cit.*; págs. 95/96.

Assinala, ademais, requisitos comuns a ambos institutos, quais sejam a existência efetiva de fraude; a ciência desta por parte do terceiro adquirente (*consilium fraudis*); e o prejuízo do credor (*eventus damni*), resultante da insolvência do devedor, seja por conta do negócio em si ou da ação judicial movida pelo exeqüente.

Veja-se que a Lei não exige, no caso de fraude de execução, a demonstração do *consilium fraudis*, ou seja, da ciência do terceiro adquirente da fraude no negócio que está concretizando, ou mesmo intenção em frustrar o direito de outrem (o credor). Não obstante, a jurisprudência brasileira tem entendido, reiteradamente, ser necessária à decretação da fraude de execução a má-fé do terceiro adquirente, posicionamento este que será oportunamente analisado, vez que consiste no próprio objeto desta monografia⁶³.

Nesse sentido, a lição de Wambier⁶⁴:

Embora seja desnecessária a intenção fraudulenta, há clara orientação na jurisprudência (especialmente do Superior Tribunal de Justiça) no sentido de reputar imprescindível a ciência, pelo adquirente, da demanda fundada em direito real ou capaz de reduzir o devedor à insolvência. Ainda de acordo com esse entendimento, quando levada a registro público a pendência da demanda (a exemplo da Lei 6.015/73, art. 167, I, 21), estabelece-se presunção absoluta de sua ciência pelo adquirente. Caso contrário, é ônus do credor provar que o adquirente sabia da existência da ação.

Pode-se entender, nessa senda, que a jurisprudência vem se orientando no sentido de que os requisitos destacados por Cahali (*consilium fraudis* e *eventus damni*) são efetivamente comuns a ambos os tipos de fraude, distanciando-se a fraude de execução da fraude contra credores pela existência de demanda judicial no momento do ato viciado, a ensejar a presunção de fraude.

A fim de espancar qualquer dúvida, no entanto, serão examinados na seqüência deste trabalho, com maior acuidade, os requisitos da fraude à execução, inclusive a exigência jurisprudencial, hodierna, da ciência do terceiro adquirente para a configuração do vício aludido.

⁶³ A jurisprudência do STJ, nesse sentido, é unânime; no Tribunal de Justiça do RS, todavia, ainda persistem divergências. A propósito, ver *Apelação Cível nº 70021856406*; *Rel: Maria Isabel de Azevedo Souza e Apelação Cível nº 70018058172*; *Rel: Paulo Roberto Felix*, no sentido da necessidade de má-fé do terceiro adquirente para a caracterização da fraude, e *Apelação Cível nº 70021293717*; *Rel: Helena Ruppenthal Cunha e Apelação Cível nº 70019612597*; *Rel: Angelo Maraninchi Giannakos* em sentido contrário.

⁶⁴ *op. cit.*, pág. 113.

2.2.DOS REQUISITOS DA FRAUDE À EXECUÇÃO

A Lei reputa ineficaz, como acima se viu, a alienação ou oneração de bem, por parte do devedor, quando contra ele pender ação judicial fundada em direito real, ou que possa levá-lo à insolvência. Assim, há que ressaltar os requisitos da fraude à execução: *litispendência* e *frustração dos meios executórios*.

Passemos à análise de ambos requisitos:

2.2.1 Litispendência

Ambos incisos do art. 593 do CPC condicionam a decretação da fraude de execução à *pendência de ação judicial contra o devedor*.

Assim, nos cumpre indagar se basta, para o preenchimento deste requisito, a mera distribuição da ação, se necessário o despacho do juiz, ou, ainda, a citação do executado.

Baseando-se na dicção literal do Dispositivo Legal, e tendo em vista a efetividade do processo, alguns doutrinadores sustentam que basta para a decretação da fraude de execução o ajuizamento da ação, uma vez que não importa a ocorrência (ou não) da citação⁶⁵.

Todavia, o STJ pacificou o entendimento jurisprudencial sobre a questão, dispondo que “para que se configure a fraude de execução, não basta o ajuizamento da demanda, mas a citação válida”.⁶⁶

⁶⁵ Nesse sentido, ver Ernesto Antunes de Carvalho; *op. Cit.*, págs. 326/327; Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1974, vol. VI, págs. 500/501; Belmiro Pedro Welter; *Fraude de Execução*, 3ª ed., Síntese, pág. 35; Araken de Assis, *op. Cit.*, pág. 238.

⁶⁶ REsp 2429/SP; Relator: Ministro. BARROS MONTEIRO; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 19/06/1990; Fonte: RSTJ vol. 12 p. 385.

A essa corrente se alinham Luiz Rodrigues Wambier⁶⁷, Humberto Theodoro Júnior⁶⁸, Cândido Rangel Dinamarco⁶⁹ e Yussef Said Cahali, que ensina⁷⁰:

Inexiste a fraude de execução na iminência do processo, pois antes de instaurar-se a relação processual, seja condenatória ou executória, a fraude será apenas contra credores; (...) na fraude à execução, coloca-se como pressuposto indispensável a instauração da relação processual, a existência de uma demanda em andamento, tendo o ato fraudulento sido praticado pelo devedor para frustrar-lhe a execução; ocorre, aqui, uma prevenção legal em garantia da possível execução (...)

Portanto, vê-se que para a configuração da fraude de execução, é necessária a intenção do devedor de frustrar-se ao adimplemento de suas obrigações, de forma maliciosa. Não-caracterizado, anteriormente à citação do executado, seja em demanda condenatória, seja em demanda executória, o ardil, tendente à lapidação de seu patrimônio e ao não-pagamento do crédito devido.

Por esta razão, imprescindível a citação do devedor, com seu chamamento ao processo e a conseqüente angularização da relação processual, para que a disposição patrimonial levada a cabo configure-se fraudulenta, uma vez que antes deste momento não se pode presumir a ciência, por parte do executado, da ação judicial que lhe era movida.

A fim de melhor aclarar a questão, veja-se o julgado abaixo transcrito⁷¹:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. ALIENAÇÃO DE BENS ANTES DO EXECUTIVO E DA CITAÇÃO DO DEVEDOR. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 185 DO CTN E 593, II, DO CPC. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que proveu o recurso especial dos agravados.
2. O acórdão a quo, apreciando embargos de terceiro, considerou a ocorrência de fraude à execução a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo.
3. "O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus 'erga omnes', efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do

⁶⁷ *op. cit.*, pág. 113.

⁶⁸ *op. cit.*, págs. 197/198.

⁶⁹ *Execução Civil*, 5ª ed., Malheiros, pág. 283.

⁷⁰ *op. cit.*, pág. 95.

⁷¹ AgRg no REsp 661779/RS; Relator Ministro JOSÉ DELGADO; Órgão Julgador: 1ª T.; Data do Julgamento: 18/11/2004

'consilium fraudis' não basta o **ajuizamento** da ação. A demonstração de má-fé pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos reipersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante.

4. É indiscutível não se poder aceitar a caracterização de alienação em fraude contra execução fiscal quando o devedor não foi regularmente citado para responder pela dívida em juízo. Comprovado nos autos que o contrato de cessão e transferência de direitos contratuais foi firmado antes da citação do devedor.

5. Precedentes da 1ª Seção e de todas as Turmas desta Corte Superior.

6. Agravo regimental não provido.

Dessa forma, a citação válida do devedor inaugura a litispendência, a teor dos arts. 219⁷² e 263⁷³ do CPC, e torna litigioso o objeto da ação, qual seja o direito de crédito alegado pelo exeqüente. Nessa senda, ocorrida, por parte do executado, alienação ou oneração de bens, não restando deste patrimônio para a garantia do débito exeqüendo, presumível será sua má-fé, *jure et de jure*, uma vez que tinha absoluta ciência da demanda que contra ele corria aquele momento.

2.2.2 Frustração dos Meios Executórios:

De acordo com Thedoro Júnior⁷⁴, a fraude cometida no curso do processo de condenação ou execução é extremamente grave, porquanto além evidente lesão ao credor, constitui verdadeiro atentado contra a função jurisdicional do Estado, uma vez que subtrai à execução o objeto sobre o qual deveria recair, frustrando a atuação da própria Justiça.

A fraude de execução, nessa senda, frustra o direito do credor e do Estado-Juiz à utilização de determinado meio executório, tendo em vista a negação ardilosa e maliciosa de objeto sobre o qual haveria de recair a sanção judicial.

⁷² Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

⁷³ Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. **A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for *validamente* citado.**

⁷⁴ *op. cit.*; pág. 196.

Leciona Araken de Assis⁷⁵:

A idéia de frustração dos meios executórios substitui (...) a da insolvência, que, na fraude contra credores, se afigura consequência imediata do negócio suspeito. É que, nesta espécie de fraude, impende verificar a existência de dano. No âmbito da fraude à execução, ao invés, dispensável se revela a investigação do estado deficitário do patrimônio, bastando a inexistência de bens penhoráveis.

O art. 593 do CPC prevê as hipóteses de frustração dos meios executórios, quais sejam:

2.2.2.1 Pendência de Ação Fundada em Direito Real

Caso pendente, contra o devedor, ação fundada em direito real, ou seja, baseada em alegado direito do credor sobre coisa ora em posse litigiosa do devedor, a alienação ou oneração deste bem será presumida fraudulenta. Tal se deve porquanto este bem, uma vez em litígio entre as partes, se encontra *in re ipsa*.

Esta hipótese, em realidade, é análoga àquela prevista no art. 592, I⁷⁶, distinguindo-se daquela apenas com relação ao momento da alienação tida por fraudulenta: enquanto esta cuida da ineficácia da alienação ocorrida após a sentença proferida na ação real, aquela antecipa a proteção jurisdicional, tornando ineficazes mesmo as disposições ocorridas antes do julgamento definitivo da causa⁷⁷.

Todavia, a doutrina exige cuidado extraordinário nesta hipótese de fraude à execução, tendo em vista a possibilidade de registro, no Cartório competente, da citação do devedor em ação fundada em direito real.⁷⁸

⁷⁵ *op. cit.*; pág. 240.

⁷⁶ Ver *supra*

⁷⁷ De acordo com Humberto Theodoro Jr., a tutela jurisdicional, em ambos os casos, refere-se ao *direito de seqüela*, inerente ao direito de propriedade.

⁷⁸ Lei 6.015/73. Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I - o registro: (...) 21 - das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis; (...).

Esta faculdade garantida ao credor, quando confrontada com o instituto da fraude à execução, foi, na prática, tornada obrigatória. Assim é que a jurisprudência passou a exigir, como se verá, a publicidade da ação ou de atos judiciais contrários ao executado/alienante para a decretação do vício ora sob exame. Desta forma, a fim de asseverar a presunção de fraude, exige-se a inscrição da citação do devedor no competente registro imobiliário.

O dispositivo aqui referido será melhor aprofundado posteriormente, a partir do panorama da fraude de execução. Não obstante, em linhas gerais, a doutrina assim resume esta questão⁷⁹:

Duas são, portanto, as situações a considerar:

- se a citação estiver inscrita no Registro Imobiliário, a fraude independe de prova, porque se presume do fato do registro, pelo qual se tem registrado como do conhecimento de todos e, portanto, do adquirente;
- não havendo inscrição, incumbirá ao credor o ônus de provar as condições legais da fraude à execução, isto é, deverá demonstrar que o terceiro adquirente conhecia a existência de ação pendente contra o alienante.

2.2.2.2 Pendência de Ação Capaz de Reduzir o Devedor à Insolvência

O art. 748 do CPC conceitua insolvência civil como a situação fática em que as dívidas de determinada pessoa excederam a importância de seus bens, não tendo o devedor, desse modo, meios de garantir e efetuar o pagamento a que se obrigou.

Assim, estando pendente ação judicial contra o devedor, e dispondo ele sobre seu patrimônio, de forma a não ter outros meios com que adimplir a obrigação exigida em Juízo, esta disposição deverá ser declarada ineficaz em face do credor.

Neste caso, sustenta a doutrina majoritária, cumpre ao credor a prova da inexistência de outros bens de propriedade do devedor e penhoráveis, a fim de atestar

⁷⁹

THEODORO JR., Humberto; *op. cit.*; pág. 197.

a insolvência deste. A exemplo disto, veja-se o que ensina Ernesto Antunes de Carvalho⁸⁰:

O ato fraudulento deve reduzir o agente a um estado de insolvência. A aferição deste estado – para o credor – é de difícil consecução, pois ele não possui meios e até conhecimento da situação geral do devedor. Pode trazer (aos autos) os indícios de tal ocorrência, demonstrando o montante dos débitos, por meio de pesquisa efetuada no distribuidor ou no cartório de protestos, tentando demonstrar que a alienação ou oneração frustra-lhe o recebimento daquilo que lhe é devido, em face da precária situação econômica do causador do dano. A jurisprudência, contudo, impõe ao credor esse difícil ônus da prova da insolvência do devedor, quando a alienação se dá após a citação e antes do ato constrictivo; (...)

Araken de Assis, todavia, salienta que, em face do art. 750, I⁸¹, do mesmo Diploma Legal, bastariam indícios da inexistência de bens do devedor penhoráveis, como p. ex. a devolução do mandado executivo, acompanhado de certidão de oficial de justiça, atestando não haver localizado bens do devedor, livres; a certidão de oficial do Registro Imobiliário situado no Juízo da execução, atestando a inexistência de bens imóveis registrados em nome do devedor; informação do órgão de registro de veículos automotores, da mesma forma comprovando a inexistência de outros bens de propriedade do devedor, etc.

Neste caso, o ônus da prova reverteria ao executado, a quem cumpriria demonstrar a existência de bens desembaraçados.

Nos parece seja este o melhor entendimento, tendo em vista as dificuldades inerentes à prova negativa. Ademais, cabe ao devedor indicar ao Juízo a localização de seus bens sujeitos à penhora, a teor do art. 600, IV, da Lei Adjetiva:

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.⁸²

⁸⁰ CARVALHO, Ernesto Antunes de; Reflexões Sobre a Configuração da Fraude de Execução Segundo a Atual Jurisprudência do STJ; in Processo de Execução, coordenação Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier; 1ª ed.; RT, São Paulo, 2001; págs. 327/328.

⁸¹ Art. 750. Presume-se a insolvência quando: I - o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora; (...)

⁸² A antiga redação deste mesmo artigo de Lei, vigente antes da entrada em vigor da Lei 11.382/06, em 06 de janeiro de 2007, corroborava este entendimento, tendo, no entanto, menor grau de eficácia. *In verbis*:

Art. 600: Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: (...); IV – não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

2.2.2.3 Disposição de Bem Judicialmente Constrito:

A alienação ou oneração de bem penhorado, seqüestrado ou arrestado, por mais motivos, frustra a pretensão do exeqüente, elidindo os meios executórios. Assim, há que reconhecer, neste caso, a fraude de execução.

De salientar, todavia, que não existe disposição expressa no Código de Processo Civil ou em legislação esparsa, a caracterizar a hipótese sob exame como fraudulenta, razão pela qual, com certas ressalvas, deve ser enquadrada no dispositivo previsto no art. 593, II, do CPC, conforme estudado acima.

Dessa maneira, ainda que parte da doutrina reconheça a ineficácia do ato de disposição patrimonial em face da constrição judicial sobre o bem⁸³, a jurisprudência vem acolhendo este entendimento *cum granum salis*, admitindo, a título de exemplo, a remição da execução ou do bem⁸⁴. Portanto, prescinde-se de prova da insolvência do executado, vez que presumível; não obstante, possível a prova negativa da insolvência, a descaracterizar a fraude de execução⁸⁵.

Há que atentar, ademais, para a necessidade do registro da penhora de bem imóvel, a fim de cientificar terceiro acerca da constrição, garantindo ao ato eficácia *erga omnes*. Veja-se a lição de Theodoro Jr.:

⁸³ Explica Luiz Rodrigues Wambier, *op. Cit.*, pág. 114: "(...) a partir da penhora, recai sobre o bem constrição tal que é ineficaz perante a execução sua posterior alienação pelo devedor. Nesse caso, bastará a prova da alienação, dispensando-se os requisitos da insolvência e da intenção fraudulenta."

⁸⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENACAO DO BEM CONSTRITO EM FRAUDE A EXECUCAO. INEFICACIA RECONHECIDA. A ALIENACAO OU ONERACAO DE BEM EM FRAUDE A EXECUCAO E INEFICAZ EM RELACAO AO EXEQUENTE, EMBORA VALIDA QUANTO AOS DEMAIS, E, POR ISSO, NAO HA NECESSIDADE DE SER ANULADO O ATO OU O REGISTRO IMOBILIARIO: SE OCORRER ARREMATACAO OU ADJUDICACAO NA EXECUCAO, ENTAO O CANCELAMENTO SE IMPOE, EM VIRTUDE DO PRINCIPIO DA CONTINUIDADE DO REGISTRO. **OCORRENDO, POREM, HIPOTESE COMO A DA REMICAO DA EXECUCAO (ART.651 DO CPC), NAO MAIS SE PODE COGITAR DA INEFICACIA DO ATO DE ALIENACAO OU ONERACAO.** AGRAVO PROVIDO. UNANIME. (Agravado de Instrumento Nº 197176100, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 10/02/1998). (*grifou-se*)

⁸⁵ AGRAVO DE INSTRUMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO PENHORADO. NÃO DEMONSTRADA A INSOLVÊNCIA. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE. **Ocorrendo a alienação de bem, mesmo que, no caso, tenha sido a penhora levada a termo, imprescindível a prova de insolvência do devedor para a caracterização de fraude de execução, mormente havendo constrição sobre bem imóvel, muito embora gravado com hipoteca.** Ademais, deve ser protegido o direito do terceiro, presumivelmente de boa-fé, que, ao comprar o veículo, não tinha conhecimento sobre o gravame. Agravado improvido. (Agravado de Instrumento Nº 70007341985, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 23/12/2003). (*grifou-se*)

A eficácia erga omnes da penhora decorre, portanto, da própria natureza do ato executivo e não necessariamente de sua divulgação por registro público. Como, todavia, na hipótese de bem imóvel, a lei acrescenta mais um elemento no procedimento do gravame judicial, que é a inscrição no registro público, a eficácia perante terceiros, aí, vai depender dessa medida.

Não se olvida que, mesmo em face à inexistência de registro da constrição, possível a decretação da fraude de execução. Todavia, nesse caso, necessária será a prova da ciência do terceiro adquirente acerca da ação judicial e da insolvência do executado (ver *supra*, 2.2.1.3.).

De outra banda, realizada a constrição, e regularizada mediante o competente registro, não há falar em boa-fé de terceiro, porquanto pública e notória a constrição a recair sobre o objeto adquirido.

2.2.2.4 Transferência da Impenhorabilidade da Residência Familiar

Por força do art. 593, III, do CPC, cumpre examinar, ainda, caso específico de fraude à execução, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 8.009/90. *In verbis*:

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

Tem-se, assim, dois casos diversos: adquirindo o devedor nova moradia, mais valiosa que a primeira, e transferindo para lá sua residência, a fim de fraudar a execução, poderá o credor exigir o reconhecimento da impenhorabilidade da menos valiosa, penhorando a de maior valor; por outro lado, desfazendo-se o devedor de moradia antiga, a fim de adquirir nova, mais valiosa, pode o juiz anular este negócio, garantindo a penhora sobre a primeira.

Araken de Assis afirma que, “em síntese, a fraude consistiria em criar impenhorabilidade aparente em residência familiar, adquirida para tal fim, nela concentrando valores antes dispersos em outros bem móveis ou imóveis⁸⁶”.

Nessa hipótese, gize-se, é requisito ainda à decretação da fraude a prova da insolvência (inexistência de outro imóvel de propriedade do executado ou não-satisfação do débito por conta da mudança em relação à situação anterior) e má-fé do devedor (presumível em face do maior valor do novo imóvel, podendo, todavia, ser elidida).

2.3 A MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE COMO REQUISITO PARA A DECRETAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO

Caracterizada a fraude à execução, e examinados os requisitos para a sua decretação, mister se faz sejam analisados os efeitos práticos de sua decretação.

Desse modo, uma vez declarada fraudulenta certa disposição patrimonial, e reconhecida sua ineficácia em relação a determinada execução, poderá o bem em litígio ser constrito, vinculando-se, como já visto, a este processo. O adquirente do bem alienado em fraude à execução, por sua vez, ver-se-á privado da coisa que adquiriu e a que, portanto, faria jus.

Nessa senda, qualquer decisão que examine um caso de fraude à execução necessariamente implicará na privação de alguém, seja do credor exeqüente, seja do terceiro adquirente, de certo bem ao qual teria direito. Enquanto o primeiro pretende obter o citado bem para satisfazer obrigação pecuniária anterior, inadimplida pelo devedor, o segundo adquiriu, de forma comercial, a propriedade e titularidade deste.

Primeiramente, importante destacar que, à luz dos princípios constitucionais vigentes, deverá ser garantido ao terceiro, ainda que estranho ao processo de execução, direito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, e considerando-se que a fraude à execução será decretada nos autos do processo executivo e que esta decisão

⁸⁶ op. cit.; pág. 248.

implicará obrigatoriamente na ineficácia de negócio jurídico levado a cabo por este terceiro, terá ele a oportunidade para se manifestar em Juízo e defender seus interesses.

O remédio processual adequado, disponível ao adquirente para a defesa de seu alegado direito, são os embargos de terceiro, previstos nos arts. 1.046 a 1.054 do CPC. Da mesma maneira, deverá ele ser intimado da constrição, adjudicação ou alienação do bem sobre o qual pretende ter direito.

No plano do direito material, de outra banda, deve-se distinguir duas situações fáticas, que resultam em uma aplicação bastante diferenciada da Lei: a existência de boa-fé por parte do adquirente, na concretização do negócio jurídico a que se dispôs, ou a sua participação na atuação fraudulenta do executado em se elidir do cumprimento da obrigação devida, ao dispor de seu patrimônio.

Neste último caso, a declaração de ineficácia do negócio jurídico viciado não importará em prejuízo a nenhum dos envolvidos: o credor verá satisfeito seu crédito; o devedor adimplirá sua obrigação, ainda que de maneira forçada; o Estado aplicará a sanção justa e devida, cumprindo seu dever jurisdicional; o terceiro adquirente deixará de obter vantagem ilícita, mas não será prejudicado porquanto a simulação que praticou ou ajudou a praticar não correspondia a uma expectativa legítima ou a um direito seu.

Por outro lado, ao contrapor o adquirente de boa-fé ao exequente, a decisão que reconhecer ou não a fraude de execução consistirá, em realidade, na ponderação de dois valores conflitantes no caso concreto: a efetividade da prestação jurisdicional e a boa-fé no trato negocial. Ao optar por valorizar o primeiro, o Estado-Juiz lesará os interesses daquele que, dotado das melhores intenções, praticou ato comercial que entendia legítimo; se, ao contrário, preferir o segundo, deixará de dar cumprimento ao mandato legal, atestando, *in casu*, a impossibilidade estatal de atender aos anseios do legítimo detentor de direito creditício. Ademais, possivelmente estará privilegiando, concomitantemente, o devedor malicioso, que certamente obteve vantagem econômica no negócio fraudulento.

A jurisprudência pátria, ao se posicionar acerca desta questão, já pacificou o entendimento de que se deve preservar a boa-fé do adquirente, ainda que em detrimento da atuação jurisdicional, como se infere dos acórdãos assim ementados:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OITIVA, TESTEMUNHAS. DESNECESSIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DO CONSILIIUM FRAUDIS. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL A TERCEIRO DE BOA-FÉ. INAFASTABILIDADE DA INEFICÁCIA DA VENDA PERANTE OS CREDORES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE, E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Não se conhece do especial quanto às alegadas ofensas aos artigos 472 do CPC e artigo 167, inciso I, n.s 5 e 21, da Lei n. 6.015/73, porquanto ausente o necessário prequestionamento. Enunciado sumular n. 211 do STJ.
2. Inexiste tampouco ofensa ao artigo 535, inciso I, do CPC, na medida em que não se verifica obscuridade ou contradição no acórdão recorrido; pretendeu o recorrente, apenas, com a oposição dos declaratórios, obter o prequestionamento da matéria relativa à produção de provas.
3. No caso em espécie, devem ser levados em consideração o princípio da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, que, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil, permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir as que considerar inúteis ou protelatórias. Ademais, a fraude à execução dispensa a prova da existência do consilium fraudis, bastando, para tanto, o ajuizamento da demanda e a citação válida do devedor em data anterior à alienação do bem.
4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a boa-fé do terceiro adquirente do imóvel somente ganha relevância quando inexistente registro de penhora junto à matrícula; ressalte-se o posicionamento favorável à tese do necessário registro da penhora, antes mesmo da reforma promovida pela Lei n. 8.953/94 (§4º do artigo 659 do CPC).
5. Na espécie, inexistindo o registro da penhora e estando de boa-fé o terceiro adquirente, inviável é o reconhecimento da fraude à execução.
6. Recurso conhecido em parte e, na extensão, provido⁸⁷.

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. FRAUDE À EXECUÇÃO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. ARTS. 185 DO CTN E 593, II, DO CPC.

1. Para se configurar a fraude à execução é necessário que a alienação do bem ocorra após a citação válida do devedor e o conluio entre devedor/alienante e adquirente do bem.
2. A alienação em fraude à execução não pode ser oposta a terceiro de boa-fé.
3. Presume-se de boa-fé o adquirente de veículo automotor objeto de sucessivas vendas após a iniciada pelo executado, sem que haja qualquer indicação da ocorrência de conluio fraudulento.
4. Recurso especial provido⁸⁸.

Cumprido, então, delimitar o conceito de boa-fé, a fim de melhor compreender a infirmação da jurisprudência e doutrina pátrias.

⁸⁷ REsp 170430 / SP - RECURSO ESPECIAL 1998/0024802-1; Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA; Órgão Julgador: QUARTA TURMA; Data do Julgamento: 28/08/2007.

⁸⁸ REsp 604118/MG - RECURSO ESPECIAL 2003/0183642-8; Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 13/02/2007.

A idéia de boa-fé, em nosso ordenamento jurídico, certamente está ligada ao aspecto psicológico daquele que se obriga a uma prestação objetiva. Corresponde, basicamente, a um dever de comportamento, a um padrão de conduta moral.

Sílvio Rodrigues⁸⁹, ao dissertar sobre os contratos, afirma que ela é "(...) um conceito ético, moldado nas idéias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar".

Consiste, portanto, em agir com retidão, antes, durante e após a conclusão de um negócio jurídico, possibilitando que ambas as partes envolvidas no processo de realização do direito obrigacional atinjam seus objetivos, não prejudicando ou lesando o outro. Dessa forma, tanto na formação de um contrato, quanto na sua execução, ou, ainda, na fase posterior de rescaldo do contrato já cumprido, a boa-fé é fator basilar e predominante em nosso ordenamento jurídico.

A doutrina apresenta relevantíssima construção teórica, ao distinguir *boa-fé objetiva* de *boa-fé subjetiva*. Com relação à boa-fé subjetiva, Sílvio Venosa⁹⁰ assenta que "o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio"; enquanto que na boa-fé objetiva, "o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos".

Portanto, a boa-fé objetiva consiste em uma regra comum e geral a todas as pessoas, um padrão moral a ser seguido, de honestidade e lealdade no trato social, baseado na atuação do homem médio. A boa-fé subjetiva, por outro lado, baseia-se unicamente nas considerações individuais daquele que está agindo, suas percepções e reais intenções acerca de sua conduta no mundo fático.

Ensina Judith Martins-Costa⁹¹:

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo]

⁸⁹ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 60.

⁹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2005. pág. 379.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Pág. 411.

aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjéitiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjéitiva está a má-fé, também vista subjétivamente como a intenção de lesar a outrem. (...)

Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar (...) modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por esse modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.

Segundo esta autora, portanto, há que atentar para a flexibilização do conceito de *boa-fé objetiva*: ainda que esta consista em um padrão de conduta moral, com fundamento na percepção ética do homem médio, devem-se considerar, a cada caso, o nível sócio-cultural dos envolvidos, seu desenvolvimento intelectual, e as condições gerais dos indivíduos envolvidos na relação jurídica.

De acordo com a lição de Venosa⁹², à boa-fé objetiva correspondem três funções: função interpretativa (art. 113 do Código Civil); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187 daquele Diploma); e função de integração do negócio jurídico (art. 421).

No sistema jurídico brasileiro, a observância da boa-fé no direito obrigacional encontra-se previsto nos arts. 421 e 422 do Código Civil. Veja-se que o legislador brasileiro adotou como regra a boa-fé objetiva. *In verbis*:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Nessa senda, a jurisprudência majoritária tem entendido que se presume, por parte dos envolvidos em negócio jurídico, que estejam estes de boa-fé (entendida objetivamente). Parte-se do pressuposto que qualquer indivíduo, interessado em adquirir determinado bem, tenha o zelo e cuidado médios, não lhe cumprindo, assim, investigar profundamente a vida pessoal do alienante, especialmente acerca da

⁹² *op. cit.*; pág. 380.

existência de *demanda judicial capaz de reduzi-lo à insolvência*, podendo (o adquirente), presumir a boa-fé do alienante.

Desse modo, é de ser presumida a boa-fé daquele que adquirir parte ou todo patrimônio do executado; e esta deve ser sopesada quando da declaração de fraude à execução, considerando-se a justiça e oportunidade de se prejudicar terceiro desconhecedor da relação processual, e sem qualquer interesse direto nesta, para garantir-se o direito creditício do exeqüente.

Portanto, evoluiu-se (ou involuiu-se) no direito brasileiro, do entendimento de que, uma vez que o objeto da execução estava *in re ipsa*, a fraude seria presumida *jure et de jure*, presunção esta decorrente de lei; para a interpretação segundo a qual, já que presumível a boa-fé do terceiro adquirente, compete ao credor comprovar a ocorrência da fraude alegada. Trata-se, como se pode inferir, na inversão do ônus da prova.

Contra este novel posicionamento têm se colocado renomados juristas. Araken de Assis e Greco Filho, p. ex., filiando-se à literalidade do texto da lei e à corrente processualista clássica, sequer cogitam da consideração da boa-fé do terceiro adquirente para fins de configuração da fraude de execução. Ernesto Antunes de Carvalho, assim como Yussef Cahali, entende advogar em favor do exeqüente não a presunção absoluta da fraude, mas ao menos a presunção relativa de que a alienação de qualquer bem no curso de processo capaz de reduzir o devedor à insolvência é viciada. Explica⁹³:

Deve ficar claro que não somos contrários ao amparo que se busca ao terceiro de boa-fé. Somente que, a demonstração pelo credor de que o terceiro tinha ciência da demanda, como dito, é impossível de ser concretizada. Ao contrário, o terceiro adquirente tem todos os meios de comprovar que o seu negócio não foi realizado em fraude: por certidão do distribuidor forense de que não havia demanda em face do vendedor; provando que o preço pago foi condizente com o valor de mercado; mostrando que a aquisição consta de sua declaração de rendimento para fins de imposto de renda.

Restaria, nessa senda, ao terceiro, comprovar sua boa-fé, mediante a apresentação de certidões negativas em nome do executado alienante, ou por quaisquer outros meio admitidos em lei.

⁹³ *op. cit.*; pág. 336.

Em nosso entendimento, ambos os posicionamentos apresentam seus méritos e suas falhas, sejam de cunho teórico ou prático.

Ao se presumir a boa-fé do adquirente, obrigando o exeqüente a comprovar ao menos a ciência do terceiro da existência do processo, exige-se do devedor uma prova muito difícil de ser trazida aos autos. A má-fé do terceiro, porquanto elemento volitivo deste, dificilmente será comprovado senão pelo registro público da existência da ação ou da penhora do bem alienado/adquirido. Ademais, o conjunto probatório deverá ser argüido pelo credor no curso do próprio processo de execução, que passará a admitir dilação probatória, via de regra estranha às suas características.

De outra banda, ao se presumir a má-fé do terceiro, ainda que de forma relativa, estar-se-ia violando princípios constitucionais (presunção da inocência) e infraconstitucionais (presumem-se sempre de boa-fé os contratantes), e exigindo deste adquirente que ingresse em Juízo, através de embargos de terceiro, para comprovar direito que lhe é evidente, e opor-se à pretensão na qual não tem nenhum interesse.

Assim, e antes de nos filiar-mos a uma ou outra corrente, cabe explicitamos um aspecto de especial relevo no entendimento majoritário, qual seja aquele concernente à prova capaz de elidir a presunção da boa-fé objetiva por parte do terceiro adquirente de bem alienado em fraude à execução.

2.4 A PROVA DA MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE

Tem-se por explicitado, nos capítulos anteriores, que a fraude à execução, ao contrário do entendimento da doutrina clássica, não prescinde da má-fé do terceiro adquirente. Considerando a boa-fé do terceiro valor fundamental a nosso ordenamento jurídico, portanto digno de proteção judicial, mesmo na hipótese de fraude de execução, a doutrina e jurisprudência hodiernas vêm assentando o posicionamento segundo o qual a conduta ética do adquirente há sempre que ser perquirida, elidindo, caso siga um padrão moral médio, a fraude.

A divergência que se nos apresenta, atualmente, consiste em presumir, *juris tantum*, a fraude, permitindo ao adquirente comprovar, mediante embargos de terceiro, sua boa-fé na relação obrigacional; ou presumir, também relativamente, a boa-fé objetiva do terceiro, obrigando o credor a provar a má-fé daquele. Esta má-fé consistiria na mera ciência da existência da ação judicial ou penhora.

Porquanto este último posicionamento tenha prevalecido, cumpre examinar a razão de que isto tenha acontecido.

O fato é que a jurisprudência evoluiu, no sentido de primeiro considerar necessário ao conhecimento da fraude à execução, na hipótese de pendência de ação fundada em direito real, a inscrição da citação do devedor⁹⁴. Posteriormente, com o advento da Lei 8.953/94, que introduziu o parágrafo 4º no art. 659 do CPC⁹⁵ passou-se a considerar, como requisito à decretação da fraude de execução, na alienação de bem imóvel, o registro da penhora deste.

Esta alteração legislativa, em verdade, inaugurou novo entendimento jurisprudencial, dando azo a parte da doutrina que considerava, já à época, relevante para o vício do negócio jurídico atacado, a boa-fé do adquirente. Assim, tendo em conta que a penhora de bem imóvel somente teria eficácia *erga omnes* com seu registro, far-se-ia necessária a inscrição desta constrição para dar ciência, ao terceiro adquirente, da pendência de demanda judicial contra o vendedor, elidindo qualquer arguição de boa-fé por parte do terceiro.

Então, registrada a penhora, presumível a ciência da existência de ação contra o devedor, por parte do terceiro, e presumível a má-fé deste na relação obrigacional, portanto ineficaz o negócio jurídico realizado em fraude à execução. De outra banda, não inscrita a penhora, cumpriria ao credor comprovar, por qualquer meio, a ciência por parte do adquirente da pendência da demanda, atestando sua má-fé, sem a qual não poderia ser decretada a fraude.

Amparada por este raciocínio, parte da jurisprudência começou a registrar entendimento análogo, estabelecendo também para bens móveis a necessidade de

⁹⁴ Ver, a este propósito, o ponto 2.2.2.1, *supra*.

⁹⁵ Este dispositivo, então, apregoava: “§4º. A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro.” A redação atual, dada pela Lei 11.382/06, assim como o entendimento doutrinário acerca da necessidade deste registro para a eficácia da penhora contra terceiros, consta do título 1.6. deste trabalho.

registro. Assim, a ausência de inscrição da restrição junto ao Detran, p. ex., com relação a veículos automotores, ou na secretaria de clubes, ou registro de sociedades, para quotas e participações, passou a impedir a decretação da fraude de execução, já que os credores, naqueles feitos, não possuíam outras maneiras de comprovar a má-fé do terceiro.

Registre-se, nessa senda, a explicação tecida por Paulo Henrique dos Santos Lugon, em excelente artigo⁹⁶:

Somente com o registro da penhora a ineficácia decorrente da fraude de execução certamente atinge terceiro adquirente. Sem esse ato indispensável à publicidade da transferência patrimonial será preciso que o exeqüente, em sede de embargos de terceiro, demonstre o conhecimento do adquirente a respeito da demanda executiva ou que tinha a possibilidade, a partir de cuidados ordinários inerentes a toda e qualquer negociação, de saber de sua existência.

Saliente-se a possibilidade, admitida pela doutrina e jurisprudência e referida no trecho acima transcrito, de que, em face de situação específica e especial do terceiro adquirente, seja presumida sua má-fé. Assim, se o terceiro tem obrigação de conhecer o estado de insolvência e/ou a existência desta ação judicial ou de diversas demandas contrárias ao executado, este fato elide a presunção de boa-fé do adquirente. Enquadram-se, nessa hipótese, os casos em que o comprador é parente, sócio ou amigo íntimo do executado, ou se a insolvência deste é notória.

Pacificou-se, então, o entendimento de que a boa-fé objetiva deve ser presumida, correspondendo à diligência do homem médio, ao padrão moral exigido para a configuração da retidão do terceiro, que buscasse as certidões negativas do bem adquirido junto aos competentes registros e, de posse dessas, concretizasse o negócio jurídico a que se propôs sem que pudesse supor qualquer irregularidade. Caberia, de outra banda, ao exeqüente comprovar a má-fé do terceiro, por qualquer meio probatório que entendesse oportuno.

Não podemos concordar com esse posicionamento, ainda que majoritário.

Em primeiro lugar, porque é muito mais fácil, na prática, ao terceiro adquirente comprovar a sua boa-fé, mediante a apresentação de certidões negativas em nome do

⁹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; *Fraude de Execução, Responsabilidade Civil e Registro de Penhora*, in RePro 98/161; São Paulo: 2000.

devedor, eventualmente extraídas, do que ao exeqüente, que necessitaria comprovar a índole maldosa de outrem, com o qual geralmente não tem o menor contato.

Segundo porque baralha três institutos jurídicos no mais diversos: ao condicionar a decretação da fraude de execução à ciência, pelo adquirente, da pendência de processo judicial contra o alienante, ou de penhora recaindo sobre o bem adquirido, insiste no *consilium fraudis* como seu requisito, limitando a fraude à execução a uma espécie de fraude contra credores⁹⁷.

Ainda, ao estabelecer, como caso mais freqüente de elisão da boa-fé do terceiro, a penhora devidamente registrada, aproxima a fraude de execução da fraude contra o ato judicial da penhora, que *de per se* seria já ineficaz.

Por estas razões, tendo em vista o sistema jurídico posto antes da última reforma do processo civil, teríamos que nos opor ao entendimento de que, para a caracterização da fraude à execução, seria dever do exeqüente comprovar a má-fé do terceiro adquirente.

2.4.1 A Averbação da Pendência de Ação Executiva contra o Alienante

Ocorre que, quando da alteração do processo de execução, através da Lei 11.382/06, foi introduzido em nosso sistema jurídico a figura da averbação de distribuição de ação executiva extrajudicial, como forma de garantia do crédito. Veja-se:

Art. 615-A. O exeqüente 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.

§ 1º O exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

⁹⁷ Parte da doutrina e da jurisprudência assevera ser desnecessário o *consilium fraudis* à caracterização da fraude de execução, bastando para esta a ciência do terceiro da pendência de ação contra o alienante ou da penhora sobre o bem adquirido. A nosso ver, todavia, este requisito implica necessariamente naquele, porquanto atesta a consciência, por parte do adquirente, da obrigação do executado para com o exeqüente, e a intenção, do terceiro, de interferir nesta relação. Não é preciso, para a caracterização da fraude bilateral, acordo prévio entre vendedor e comprador; basta a má-fé objetiva de ambos, visando o prejuízo de outrem.

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

§ 4º O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.

Desse modo, é faculdade do exeqüente, ao aforar nova ação executória, requerer certidão de distribuição desta demanda, a fim de averbar sua existência nos competentes registros de bens sujeitos à penhora ou arresto.

Esta averbação consiste em nova garantia concedida ao credor, uma vez que qualquer alienação ocorrida após a inscrição será presumida fraudulenta. Vê-se, portanto, que se trata de outro meio de elisão da boa-fé objetiva do terceiro adquirente: teria ele a obrigação, de acordo com os padrões morais médios vigentes em nossa sociedade, de pesquisar, no registro em que inscrito o bem que pretende adquirir, acerca da existência de constrições sobre esta coisa ou de débitos do vendedor ali registrados. Saliente-se a lição de Hélder Paulo de Oliveira, acerca do tema:

Por primeiro, a novel lei prevê averbação no registro de imóveis ou de veículos do simples ajuizamento da execução a fim de evitar dilapidação patrimonial pelo devedor. É algo semelhante à hipoteca judiciária do artigo 466 do CPC. Caso o executado aliene ou onere o bem após a averbação do ajuizamento será fraude à execução; se antes, fraude contra credores⁹⁸.

Inexiste, de outra banda, qualquer prejuízo ao devedor, uma vez que cada averbação deverá, para ter validade, ser comunicada ao Juízo, e será cancelada no momento em que formalizada penhora sobre bem do devedor suficiente ao pagamento da dívida; ademais, a teor do §4º do artigo citado, responderá o exeqüente por perdas e danos, quando a inscrição for indevida.

Por fim, importante destacar que, em nosso entendimento, aplica-se este dispositivo também no procedimento de cumprimento de sentença, por força do art. 475-R, do CPC. A aplicação prática, neste caso, resta dificultada, uma vez que não

⁹⁸ OLIVEIRA, Hélder Paulo; *Mais Linhas sobre a Nova Execução Civil*; in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9418>

existe, quando da abertura do incidente de cumprimento da sentença, *distribuição de ação judicial*, expressão aludida na Lei Adjetiva.

No entanto, deverá o juiz conceder, a requerimento da parte, ou o cartório fornecer espontaneamente, certidão narrativa com a força de produzir os efeitos aqui citados. Agir de outra forma provocaria desnecessário prejuízo ao credor, e desconsideraria o fato de que também o *cumprimento de sentença* consiste em um procedimento executório, conforme melhor entendimento doutrinário.

Veja-se que o Dispositivo Legal estabelece nitidamente que, efetuada a averbação da existência de ação executiva, presumir-se-á realizada em fraude à execução qualquer disposição patrimonial por parte do executado. Alguns doutrinadores adiantam-se já, atestando que, não efetuada a averbação referida, caracterizar-se-á, tão-somente, fraude contra credores.

Em realidade, com a introdução deste dispositivo, o Legislador passou a exigir, explicitamente, a publicidade da penhora ou da ação judicial, mediante a inscrição em registros públicos, para a elisão da boa-fé objetiva do terceiro, que presume.

Dessa maneira, filia-se ao posicionamento explicitado sob este título, segundo o qual se presume a boa-fé objetiva do adquirente, exigindo, para a decretação da fraude de execução e conseqüente ineficácia do negócio jurídico viciado, a ciência do terceiro da pendência de ação judicial contra o alienante ou de penhora sobre o bem que busca adquirir. Cumpre então ao credor exeqüente comprovar estes requisitos, que configurariam a má-fé do terceiro, por qualquer meio admitido em direito.

Atesta, ademais, que a publicidade dada à penhora ou à pendência de demanda judicial contra o devedor, através do registro público destes atos, elidem a boa-fé do terceiro, fazendo presumir a fraude de execução.

A inovação legislativa, de outra banda, também aproximou a fraude à execução de sua característica mais notável; se antes os casos de fraude à execução encontravam-se limitados, na prática, à preexistência de efetiva constrição no procedimento executivo, agora a decretação deste vício ficará condicionada, de fato, à mera existência de ação judicial executiva, averbada nos registros públicos competentes.

Necessário destacar, ainda, que o instrumento ora aventado não se aplica ao processo cognitivo, sendo que, na constância deste, dificilmente o credor conseguirá comprovar a fraude de execução. Este fato não modifica, todavia, o nosso posicionamento. Absurdo seria presumir a boa-fé do terceiro em uma fase processual e presumir sua má-fé em outra.

Portanto, não há, presentemente, em nosso sentir, razão ou fundamento que permitam atacar o posicionamento aqui explanado, hoje majoritário em todos os Tribunais.

CONCLUSÃO

Vimos, no decorrer deste estudo, que o procedimento executivo consiste em uma série de atos estatais ordenados, destinados ao cumprimento coativo (execução direta ou sub-rogatória) ou coercitivo (execução indireta) de uma prestação a que o executado se obrigou, razão pela qual deve realizar-se, necessariamente, em proveito ou benefício do exeqüente.

Como meio de atuação do Estado no mundo fático, agredindo o patrimônio do devedor, portanto de extrema violência, exigem-se requisitos mais rígidos para o processamento da execução, quais sejam o título executivo e o inadimplemento da obrigação naquele expressa, sem os quais não se dará seguimento ao processo.

Portanto, não tendo o devedor cumprido a obrigação, tem o credor a faculdade de exigir em Juízo o seu cumprimento. Vencida a fase cognitiva do processo, ou se a obrigação referida constar em título extrajudicial reconhecido em Lei como tal, passa-se à fase executiva do processo, onde o Estado atuará de modo a invadir a esfera patrimonial do executado, sub-rogando-se no seu dever de adimplir a prestação exigida e garantindo ao exeqüente o seu direito.

Vê-se, assim, que do descumprimento voluntário, por parte do devedor, de seu dever obrigacional, expresso em título executivo, exsurge sua responsabilidade, correspondente ao direito de o credor exigir, perante um Juízo executório, que se lhe entregue aquilo que é seu de direito. Ademais, casos existem, previstos em Lei, em que terceiro, estranho à relação obrigacional, será o responsável pelo adimplemento, no curso do processo executivo, da prestação mencionada. Parte da doutrina, como visto, elenca os casos de fraude à execução nesta hipótese, reconhecendo o dever de terceiro adimplir dívida que não assumiu.

Os procedimentos executivos podem ser de diversos tipos, de acordo com a espécie de obrigação assinalada no título: obrigação de entregar coisa certa ou incerta, de fazer ou não fazer, de entregar dinheiro. A cada um destes procedimentos corresponde um meio executivo sub-rogatório específico, quais sejam, respectivamente, busca e apreensão ou imissão na posse, dependendo da mobilidade do bem objetivado; transformação, ou expropriação.

O procedimento expropriatório se realiza em diversas etapas, nas quais o exeqüente e o próprio executado participam ativamente; por esta razão, é aquele que se encontra mais sujeito a fraudes, ou seja, a atos maliciosos, por parte do devedor, que tenham como fim único ou principal o descumprimento da obrigação reconhecida, judicial ou extrajudicialmente, como devida. A forma mais comum de fraude consiste na disposição patrimonial simulada, de modo a impedir a sujeição de parte ou de todo o patrimônio do obrigado à ação estatal.

Portanto, pode se caracterizar a fraude de execução como a alienação ou oneração de bens, por parte do devedor, quando sobre ele pendia ação judicial que lhe poderia levar à insolvência, ou quando sobre o bem alienado pendia ação fundada em direito real. Como já salientado anteriormente, distingue-se da fraude contra credores justamente pela necessidade de existência de demanda judicial em curso, contra o devedor, razão pela qual se reputa aquela de maior gravidade que esta, eis que implica em desrespeito à função jurisdicional do Estado, atentando contra a dignidade e efetividade da Justiça.

Outras diferenças podem ser ressaltadas entre estes institutos, como a natureza processual ou material destes; a necessidade ou não de ação judicial própria para o reconhecimento do vício; a anulabilidade ou ineficácia do ato viciado; ou a eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* da decisão que declarar a fraude.

Ainda, deve-se distinguir a fraude de execução da fraude cometida contra ato jurisdicional, ou seja, a alienação de bem constrito judicialmente, e tido pelo ofício executivo como indisponível pelo devedor.

Todavia, orientação jurisprudencial hoje remansosa, vem aproximando os institutos referidos, como já destacado.

O reconhecimento e a conseqüente decretação da fraude de execução importa, necessariamente, em prejuízo a um terceiro, estranho àquela relação processual, uma vez que adquiriu o bem do executado, geralmente de forma onerosa. Nessa senda, a jurisprudência majoritária em nosso país entende que deve ser ponderada, em cada caso, a boa-fé do terceiro adquirente, já que não se pode lesar, injustificadamente, aquele que esteve sempre imbuído das melhores intenções no trato negocial.

Evidentemente, não se pode discordar de tal posicionamento. Essencial que se preserve, em todo e qualquer caso sob exame jurisdicional, a boa-fé do indivíduo. Ocasionalmente ao terceiro de boa-fé dano, possivelmente irreparável, quando considerada a insolvência do alienante, ao se retirar de seu patrimônio bem que adquiriu de forma rotineira, de acordo com os padrões morais vigentes na sociedade, à época, consiste em abuso e violação de preceitos de ordem constitucional e infraconstitucional.

Não obstante, a não-declaração da fraude prejudicará o exeqüente, já que não verá satisfeito seu direito creditício, exeqüendo, e o próprio Estado-juiz, que não obterá êxito no cumprimento de seu dever de prestação jurisdicional.

O problema efetivo, assim, consiste na comprovação da boa ou má-fé do adquirente e na atribuição do ônus desta prova. A jurisprudência vinha, a partir de uma evolução em seu posicionamento, presumindo a boa-fé do terceiro. Isto se devia basicamente à consideração objetiva da boa-fé, ou seja, à exigência de um comportamento baseado na determinação de um padrão de conduta minimamente aceitável, baseado na moral média da sociedade.

Desse modo, não se considerava aceitável que o adquirente tivesse de perquirir exaustivamente a vida pregressa do alienante, de modo a obter certidões negativas que lhe dessem segurança para a concretização do negócio em que estava envolvido; este padrão de conduta não lhe poderia ser exigido, porquanto não correspondente ao padrão de conduta do homem médio.

Nesse sentido, caberia ao exeqüente a comprovação da má-fé do terceiro. Esta prova, como já se afirmou antes, se faz muito difícil, uma vez que referente à índole ou intenção de outrem, usualmente desconhecido do credor. Portanto, via de regra, a má-fé do adquirente só restava comprovada mediante a apresentação do registro de penhora realizada nos autos da execução. Findou-se por restringir, nessa senda, a ocorrência da fraude de execução aos casos em que o exeqüente tivesse já conseguido penhorar o bem alienado, e tivesse tido a cautela de registrar esta constrição, ainda que se tratasse de bem móvel.

Não poderíamos concordar com este entendimento, porquanto desfigurava o instituto da fraude de execução, aproximando-o em demasia da fraude contra credores, ao exigir prova do *consilium fraudis*, assim como da desobediência à ordem judicial, ao

praticamente limitar sua ocorrência aos casos em que existente penhora neste processo. Ademais, na prática seria muito mais viável ao terceiro comprovar nos autos que agiu ilibadamente, mediante a juntada de certidões negativas, etc., do que a exigência que então se fazia, ao credor.

Com o advento da Lei 11.382/06, entretanto, restou clara a orientação do legislador em exigir do exeqüente uma cautela mínima, qual seja, a averbação da pendência de ação executiva contra o devedor, a fim de dar publicidade ao ato judicial.

Assim, nítido que o legislador optou por presumir, e dessa forma privilegiar, a boa-fé objetiva do terceiro, exigindo que o credor interessado comprove o contrário, ou seja, que o adquirente tinha ciência do vício a invalidar o ato negocial que praticou.

Este nos parece o entendimento mais acertado, face à citada inovação legislativa.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO, Ernesto Antunes de. *Reflexões Sobre a Configuração da Fraude de Execução Segundo a Atual Jurisprudência do STJ*; in *Processo de Execução*, SHIMURA, Sérgio; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CORRÊA, Wilson Leite; in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3624>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Brasileiro, 3º volume*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; *Fraude de Execução, Responsabilidade Civil e Registro de Penhora*, in *RePro 98/161*; São Paulo: 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Hélder Paulo; *Mais Linhas sobre a Nova Execução Civil*; in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9418>.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, volume II*. 40^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, 2º volume*. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.