

2019 - 03 - 29

**A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**  
PRIMEIRAS PÁGINAS

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER  
EDUARDO TALAMINI  
*COORDENADORES*

ARRUDA ALVIM  
*ORIENTADOR CIENTÍFICO*

**A RESPONSABILIDADE  
PATRIMONIAL NO NOVO  
SISTEMA PROCESSUAL CIVIL**

**THIAGO FERREIRA SIQUEIRA**

1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa

*Apresentação*  
ARRUDA ALVIM

*Prefácio*  
ANTONIO CARLOS MARCATO

A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL  
NO NOVO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

THIAGO FERREIRA SIQUEIRA

**Coleção Liebman**

1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa

© desta edição e-book [2016]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMIS

*Directora responsável*

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda  
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450  
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT  
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: [sac@rt.com.br](mailto:sac@rt.com.br)

Visite nosso site: [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

Profissional

Fechamento desta edição [18.08.2016]





ISBN 978-85-203-6853-4

*Diretora Responsável*  
**MARISA HARMS**

*Diretora de Operações de Conteúdo*  
**JULIANA MAYUMI ONO**

*Editores:* Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Ivê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

*Assistentes Administrativo Editorial:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

*Produção Editorial*  
*Coordenação*  
**DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO**

*Analistas de Operações Editoriais:* Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damara Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

*Qualidade Editorial e Revisão*  
*Coordenação*  
**LUCIANA VAZ CAMBEIRA**

*Analistas de Qualidade Editorial:* Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

*Analistas Editoriais:* Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecília Andreo e Mayara Crispim Freitas

*Capa:* Chrisley Figueiredo

*Administrativo e Produção Gráfica*  
*Coordenação*  
**CAIO HENRIQUE ANDRADE**

*Analista Administrativo:* Antonia Pereira

*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

---

Siqueira, Thiago Ferreira

A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil [livro eletrônico] / Thiago Ferreira Siqueira Arruda Alvim, orientador científico. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. -- (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini)

4,21 Mb; PDF

1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa

Bibliografia

ISBN 978-85-203-6853-4

1. Processo civil 2. Processo civil - Brasil 3. Responsabilidade patrimonial - Brasil I. Alvim, Arruda. II. Wambier, Teresa Arruda Alvim. III. Talamini, Eduardo. IV. Título. V. Série.

16-05128

CDU-347.9(81)

---

**Índices para catálogo sistemático:** 1. Brasil: Responsabilidade patrimonial: Processo civil 347.9(81)

*A meus professores de processo civil na graduação da UFES, Cleanto Guimarães Siqueira, Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, por tudo o que representam em minha formação acadêmica.*

*“Todos sentem que a responsabilidade é a garantia do débito; que o devedor é*

# A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil

## PARTE I - ASPECTOS CONCEITUAIS

### 2. DÉBITO E RESPONSABILIDADE: A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

## 2. DÉBITO E RESPONSABILIDADE: A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Entendido de que maneira a responsabilidade patrimonial se insere no universo das sanções, passaremos, agora, à análise da questão que, sem dúvida alguma, maior polêmica causa entre aqueles que se debruçaram sobre o tema: a natureza jurídica da responsabilidade patrimonial e sua relação com as obrigações.

Como dissemos,<sup>1</sup> desde o momento em que o tema da responsabilidade patrimonial passou a interessar à ciência jurídica, a partir da obra de Alois Brinz (1874), e especialmente após a publicação do estudo de Francesco Carnelutti (1927), debateu-se incansavelmente não apenas o papel que ela ocupava na estrutura das obrigações, mas, acima de tudo, sua pertinência ao direito material ou ao direito processual.

Ainda hoje, todavia, pode-se dizer existente e viva a controvérsia, refletindo-se, a indefinição, no próprio plano de nosso direito positivo, que consagra o instituto tanto no Código Civil (art. 391) quanto no Código de Processo Civil (art. 789).

É exatamente sobre tal questão, então, que passaremos a discorrer, para o que serão de fundamental importância alguns conceitos e ideias hauridos do direito das obrigações.

### 2.1. A prestação como elemento central das obrigações

É comum a ideia de que, por **obrigação**, em sentido estrito ou técnico,<sup>2</sup> deve-se entender o vínculo ou relação jurídica<sup>3</sup> por meio do qual uma pessoa tem o **direito de exigir de outra uma dada prestação**. Seria, então, justamente esta, a prestação, o **objeto imediato da relação obrigacional**. Ainda na mesma ordem de ideias, afirma-se que *credor* e *devedor* são os *sujeitos* da relação obrigacional justamente porque são, respectivamente, aquele que pode exigir e aquele de quem pode ser exigida tal prestação.

Por isso mesmo é que a *prestação* seria o cerne, o fulcro, o elemento central de toda e qualquer relação obrigacional.<sup>4</sup> E, por prestação, devemos entender, **antes de tudo, uma ação ou omissão humana**, que é exatamente aquilo a que o credor tem direito. Ainda que seu interesse seja a obtenção de um bem específico, atua este, na economia da obrigação, tão somente como seu *objeto mediato*. Antes dele, e mais importante, coloca-se a prestação, que é, em última análise, um ato do devedor.<sup>5</sup>

É justamente, assim, a este ato do devedor que o credor tem direito, razão pela qual a obrigação é tida como um **vínculo de natureza pessoal**, diferentemente do que ocorre com os direitos reais, em que o direito recai de modo direto sobre dado bem.

Tal concepção – contam os autores – não é nova: na verdade, constava ela já de dois conhecidos textos que nos legou o Direito Romano,<sup>6</sup> ensinados nas escolas medievais e acolhidas pelos civilistas da modernidade; trata-se da definição transmitida por Justiniano em suas institutas e daquela de lavra do juriconsulto Paulo.<sup>7</sup>

Não se duvida, é claro, que o sentido e importância de tais proposições e da própria prestação creditória variaram ao longo da história: basta que lembremos, por exemplo, que, no período arcaico do Direito Romano, a obrigação colocava o devedor em uma posição de verdadeira sujeição em relação ao credor, explicitada no chamado *nexum*. Conta-se, ainda, que, inicialmente, o vínculo era de natureza mais pessoal que hoje, noção da qual derivava a intransmissibilidade das obrigações.<sup>8</sup>

Hoje, como parece claro, não há mais que se falar em situação de sujeição do devedor frente ao credor,<sup>9</sup> da mesma forma que o direito positivo aceita, sem maiores dificuldades, a transmissão das obrigações, deixando de existir, portanto, seu elemento estritamente personalíssimo.<sup>10</sup>

Ainda assim, contudo, é possível se afirmar que, ao menos do ponto de vista técnico, mantém-se estável o significado das obrigações, sempre com referência ao direito/dever à prestação e aos sujeitos que dela participam.<sup>11-12</sup>

## 2.2. A doutrina do *schuld und haftung*

A ideia, entretanto, da obrigação como uma relação pessoal e centrada na prestação não chegou aos dias atuais sem vacilações.

Reagindo às análises pessoalistas, desenvolveu-se na Alemanha, no final do sec. XIX – inicialmente com Alois Brinz, como afirmado –, teoria que decompunha a obrigação em dois vínculos distintos: a dívida (*schuld* ou *debitum*) e a responsabilidade (*haftung* ou *obligatio*). Originariamente fruto da obra de germanistas, a doutrina não tardou a ganhar adeptos entre romanistas e civilistas, com grande repercussão especialmente na Itália.<sup>13-14</sup>

Seria, assim, a obrigação, formada por duas sub-relações distintas: não apenas pelo *dever de prestar (débito)*, mas também pela *sujeição dos bens do devedor (responsabilidade)* em caso de inadimplemento.

O que há de mais relevante para se notar, contudo, é que, no fundo, a doutrina do *schuld und haftung* acabava por dar importância muito maior à responsabilidade que à dívida: estaria naquela, e não nesta, a *essência* da obrigação.<sup>15</sup> E isso, porque, sendo o comportamento do devedor incoercível, teria, o credor, em relação ao adimplemento, simples *expectativa*. Verdadeiro direito haveria apenas em relação a seu patrimônio, que estaria sujeito aos atos de execução forçada caso não houvesse o cumprimento voluntário.<sup>16</sup>

Tratava-se, destarte, não somente de cindir tais elementos, mas de relegar ao débito (e ao correlativo crédito) uma posição marginal na estrutura da obrigação.<sup>17</sup> É comum, assim, encontrar autores que se referem à dívida como um vínculo meramente *espiritual* (ou, ainda, *social, espontâneo, ou psíquico*), em contraposição à responsabilidade, que seria, este sim, um vínculo *material* (ou, então, *jurídico, coativo, ou positivo*).<sup>18</sup>

Houve até mesmo autores que chegaram a negar a existência de qualquer vínculo jurídico entre credor e devedor relativamente à prestação: nesta linha de raciocínio, inserem-se teorias que enxergavam na obrigação um direito do credor sobre os bens do devedor, ou, ainda, uma relação entre os patrimônios daquele e deste.<sup>19</sup>

Há, aí, como acusa Judith Martins-Costa, uma clara influência do pensamento positivista, que, no intuito de negar princípios metafísicos, acabava por atacar a autonomia da vontade e, na busca por uma *objetivação* da noção de obrigação, abstraía seu elemento subjetivo. Trata-se, ainda, como afirma a autora, de uma consequência da modificação do sentido econômico do crédito ao longo dos tempos, vez que, em razão da sua transmissibilidade, diminuía a importância das pessoas do credor e do devedor.<sup>20</sup>

Ocorre que, justamente pela diminuição da importância do elemento pessoal, todas essas teorias acabam por desprezar o sentido original do vínculo obrigacional. Esquecem, assim, que o

direito das obrigações disciplina relações entre sujeitos, que, em grande parte das vezes, entabulam um acordo de vontades, interessadas, inclusive, em atributos pessoais uns dos outros. Acabam, em última instância, por definir as obrigações a partir de um elemento que nelas seria meramente secundário ou acidental,<sup>21</sup> tomando, na conhecida expressão de Antunes Varela, “a nuvem por Juno”.<sup>22</sup>

Tais concepções, por exemplo, não dão explicação – ou não dão a devida importância – ao que se passa quando a relação obrigacional tem seu normal desenvolvimento e ocorre o adimplemento espontâneo.<sup>23</sup> Desprezam, destarte, a “função ética” da obrigação, ligada à circunstância de que a sua própria existência – fruto, na maior parte das vezes, da autonomia da vontade e da relação de confiança entre as partes – é um estímulo ao adimplemento.<sup>24</sup> Ademais, acabam por não diferenciar as obrigações dos direitos reais, desprezando conquista que vem desde o Direito Romano.

### 2.3. Teorias atuais

Em virtude justamente do desprezo pela prestação e pela relação entre credor e devedor, pode-se dizer que, atualmente, todas estas teorias, que podemos chamar de “patrimonialistas”, estejam superadas. Ainda que muitos autores enxerguem na estrutura da obrigação um duplo vínculo, afirmando, até mesmo, seguir a doutrina do *schuld und haftung*, a verdade é que, se bem analisados, não colocam a responsabilidade patrimonial como o elemento central da relação obrigacional, na linha do que, como vimos, chegou a ser feito.

Não é possível, de toda sorte, desconsiderar a enorme contribuição que aquelas teorias deram ao desenvolvimento da noção de obrigação, justamente por ressaltar a existência daquele outro elemento, distinto do direito/dever à prestação.<sup>25</sup> Hoje, toda e qualquer análise dogmática que se faça da relação obrigacional leva em consideração a existência da responsabilidade patrimonial. A questão, assim, é saber se a responsabilidade integra ou não a estrutura da obrigação e, ainda, a importância que lhe deve ser dada na definição desta.

Passaremos, agora, à análise daquelas teorias que, superando as críticas acima expostas, procuram atualmente definir a responsabilidade e sua relação com as obrigações. A intenção, num primeiro momento, é a de tão somente expor brevemente as ideias de seus defensores para que, ao final, cotejando-as, possamos tecer críticas e chegar a algumas conclusões acerca da natureza jurídica da responsabilidade patrimonial.

#### 2.3.1. Teorias civilistas

Dentre os civilistas, apesar das inúmeras diferenças que possam haver entre os diversos autores, a discussão, em última instância, reside no peso que se deve dar à responsabilidade patrimonial na conceituação da obrigação. Isto é: pressupondo que esta é uma relação jurídica por meio da qual um sujeito pode exigir uma dada prestação de outro, a responsabilidade deve ser vista como um elemento tão importante quanto este, ou seria apenas secundária? Há necessidade de se referir a um duplo vínculo na estrutura da obrigação, ou sua definição se exaure no direito/dever à prestação?<sup>26</sup>

Dividem-se, assim, os autores, entre a teoria *binária* – que enxerga na estrutura da obrigação a existência de duas relações distintas, na linha do que fazia a doutrina do *schuld und haftung*, embora sem desprezar a importância da prestação – e a chamada *unitária* – para quem a relação obrigacional seria um vínculo único, tendo, a responsabilidade, significado marginal na definição desta. Todos eles, todavia, partem do pressuposto comum de que a responsabilidade patrimonial pertenceria ao *direito material*.

Passemos, então, à análise do que dizem os defensores de uma e de outra ideia, com o fim de colher elementos que nos possam auxiliar a entender a natureza jurídica da responsabilidade patrimonial.



### 2.3.1.1. Teoria binária

Inspirada pela doutrina do *schuld und haftung*, porém buscando corrigir seus exageros, significativa parcela da doutrina entende que a estrutura da obrigação seria composta por duas sub-relações: o débito e a responsabilidade. Cinde-se, assim, a relação obrigacional, para nela enxergar não apenas o direito/dever à prestação, mas a sujeição do patrimônio do devedor, através da execução, com o fim de garantir o débito porventura inadimplido.

Em defesa da tese, argumenta-se que, conquanto normalmente estejam juntas, haveria situações em que tais relações se dissociariam não somente do ponto de vista conceitual, mas também prático: seria o caso, por exemplo, das chamadas obrigações naturais (em que haveria dívida sem responsabilidade), ou da hipoteca concedida para garantir débito de terceiro e da fiança (em que haveria responsabilidade sem dívida própria).<sup>27</sup>

Conhecido, nesta linha, é o pensamento de Emilio Betti, para quem a obrigação seria formada tanto pelo *débito* – a que corresponde, do lado ativo, uma *expectativa de prestação* – quanto pela *responsabilidade* – correspondente a uma *expectativa de satisfação*, ou de *execução forçada*.<sup>28</sup> Para o autor, muito embora esta última posição tenha caráter *eventual* e *secundário* – vez que apenas atua concretamente caso falhe a primeira – é, sim, imanente à relação obrigacional.<sup>29</sup> Explica, então, que a responsabilidade exerce uma dupla função: uma *preliminar* ou *preventiva*, que é a de coagir o devedor ao adimplemento; e outra *principal* ou *substitutiva*, que é a de garantir ao credor a satisfação de seus interesses independentemente da vontade do devedor.<sup>30</sup>

É o caso, ainda, de Washington de Barros Monteiro, que, inicialmente, critica a definição que Clóvis Beviláqua<sup>31</sup> dá à obrigação justamente “porque não alude ao elemento *responsabilidade*”.<sup>32</sup> Mais a frente, ao se debruçar sobre a substância do vínculo obrigacional, censura tanto aqueles que a colocam no dever de prestar (e no corresponde dever de exigir) quanto aqueles que a veem na responsabilidade, para adotar o que seria uma “posição intermediária”, vez que ambos os elementos são “igualmente essenciais”.<sup>33</sup>

Semelhante, ainda, é o pensamento de Cáo Mário, para quem a responsabilidade, porque permite ao credor carrear uma sanção sobre o devedor inadimplente, é essencial na definição de obrigação, com o fim ressaltar sua juridicidade.<sup>34</sup>

Na mesma ordem de ideias, estão, igualmente, os pensamentos de Orlando Gomes,<sup>35</sup> Yussef Said Cahali<sup>36</sup> e de Ovídio Baptista.<sup>37</sup> Conhecidíssimas, ainda, são as palavras de Andreas Von Tuhr, para quem “o crédito encerra um dever para o devedor e uma responsabilidade para seu patrimônio”,<sup>38</sup> ideia que bem resume a teoria ora analisada.

### 2.3.1.2. Teoria unitária

Reagindo a essas ideias, respeitáveis autores – chamados por Judith Martins-Costa de *neopessoalistas*<sup>39</sup> –, embora não deixem de levar em consideração nas suas concepções o elemento responsabilidade, entendem que o mesmo seria um simples aspecto do vínculo que se estabelece entre credor e devedor com vistas à prestação. A obrigação, destarte, seria um corpo simples, e não composto; isto é: sua estrutura seria formada tão somente pela relação de crédito/débito, na qual estaria incluída, como elemento acessório ou instrumental, a responsabilidade.

Busca-se, com isso, reconduzir a obrigação a seu sentido originário, com referências ao dever de prestar e ao direito à prestação. Quanto à responsabilidade, exerceria, em tal relação, a função auxiliar de garantia do crédito, ou – o que é dizer o mesmo – de sanção ao inadimplemento.

Nesta linha, o débito seria não somente o dever de prestar, mas o dever de prestar *sob a coação da ordem jurídica*. Coação esta que seria exercida de modo principal – embora não exclusivo, como lembram os autores<sup>40</sup> – pela responsabilidade patrimonial. Sem tal elemento – é verdade – o crédito teria pouquíssimo valor, como ocorre, com as chamadas obrigações naturais, que, muito embora sejam reconhecidas pela ordem jurídica, não permitem ao credor buscar judicialmente a excussão do patrimônio do devedor. Seria, então, justamente esta a função da responsabilidade

patrimonial, razão pela qual é comum a afirmação de que a mesma daria *juridicidade* à obrigação.

De toda sorte, o que procuram acentuar os autores que assim pensam é que a responsabilidade patrimonial, embora importantíssima, seria um elemento tão somente assessorio, instrumental ou auxiliar na relação crédito/débito, esta, sim, a direção principal do vínculo obrigacional.

Neste sentido, defende Fernando Noronha que, apesar de estar fora do “núcleo” da relação obrigacional, a responsabilidade é parte integrante do débito, assim como a correspondente ação é inerente ao crédito. Inserem-se, assim, no contexto da “tutela jurídica do direito do credor”, constituindo a garantia da obrigação.<sup>41</sup> Semelhante é o que escreve Massimo Bianca, no sentido de que a conexão entre a responsabilidade e o débito se explica pelo fato de que aquela é “condição de juridicidade” deste.<sup>42</sup>

Conhecido, ainda, é o pensamento de Ludwig Enneccerus, para quem, muito embora o direito do credor de se dirigir contra o patrimônio do devedor seja uma consequência do direito de crédito, sem o qual este teria “escasso valor”, não é seu conteúdo imediato, que se esgotaria no “poder exigir e no dever prestar”.<sup>43</sup> Tal lição é seguida por Manuel Domingues de Andrade, que, apesar de afirmar que a responsabilidade e o poder de agressão dão “quase totalmente” o valor prático à obrigação, deixa claro que não fazem parte do conceito essencial desta.<sup>44</sup>

### **2.3.1.2.1. A teoria unitária e a “obrigação como processo”**

Por paradoxal que possa parecer, as ideias de que parte a teoria ora analisada se encaixam perfeitamente na prestigiosa concepção que enxerga a obrigação não como uma relação jurídica simples, composta de um único vínculo entre as partes envolvidas, mas como um *processo*. Isto é: como um fenômeno *complexo* e *dinâmico*, que se desenvolve no tempo, dando azo a *variadas situações jurídicas*, voltadas, todas, à satisfação dos legítimos interesses das partes e, em especial, ao adimplemento. A ideia, que teria sido primeiramente exposta por Karl Larenz,<sup>45</sup> foi, no Brasil, desenvolvida em conhecida tese de Clóvis do Couto e Silva.<sup>46</sup>

A obrigação, destarte, não seria composta apenas da relação crédito/débito, mas de uma série de direitos, deveres, faculdades, ônus, sujeições etc. Não se trataria, contudo, da mera soma de tais posições jurídicas, mas de uma *totalidade*, que não se alteraria pela modificação daquelas, vez que polarizada por sua *finalidade*.<sup>47</sup> Na mesma ordem de ideias, refere-se, ainda, à obrigação como *sistema de processos* ou *unidade*, dando a entender que, apesar de ser composta de elementos diversos, todos eles estão coordenados para um fim único.<sup>48</sup>

É exatamente, como defende Antunes Varella, o que se passaria com a relação entre o direito/dever à prestação e a responsabilidade patrimonial: conquanto representem momentos distintos da obrigação, são, juntamente com outros tantos elementos, peças integrantes de um mesmo sistema. Prossegue, então, afirmando que a dificuldade da doutrina em reconduzir ambos os elementos a um mesmo conceito – o de obrigação – se dá justamente pelo fato de considerar esta como uma relação simples, e não complexa. Conclui, afinal, que apenas a concepção unitária seria capaz de retratar o que chama de *unidade ontológica* da obrigação.<sup>49</sup>

Na doutrina brasileira, merece destaque, nesta linha, a posição assumida por Judith Martins-Costa, para quem a teoria unitária é a que mais se aproxima da *unidade vital* dos fenômenos inerentes à relação obrigacional, todos eles partes do mesmo processo, tendo, como “núcleo duro” do conceito de obrigação a ideia de adimplemento.<sup>50</sup>

Vale mencionar, ainda, artigo escrito em coautoria por Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, em que se defende justamente a ideia de que a obrigação, como processo dinâmico que se desenvolve com vistas ao adimplemento, contaria “com uma sucessão de situações jurídicas de direito/poder/dever/ônus/sujeição etc.”, dentre as quais estariam o dever jurídico e a responsabilidade.<sup>51</sup>

### **2.3.2. Teoria processualista**

Apesar das notáveis diferenças existentes entre as teorias binária e unitária, não parece restar dúvidas de que têm, em comum, um traço marcante: seja como uma sub-relação ou como um simples momento, ambas acabam por conceberem a responsabilidade patrimonial como parte integrante da estrutura da obrigação. Enxergam-na, ainda, como vínculo que se estabelece entre credor e devedor (ou, eventualmente, um terceiro), pertencente ao direito material.

Reagindo, então, a todas essas ideias, veio a lume, como já afirmado, o fundamental estudo de Francesco Carnelutti (*Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*),<sup>52</sup> no qual lançou a tese de que a responsabilidade, ao invés de se situar dentro da estrutura da obrigação, deveria ser procurada fora dela. Não seria, aliás, vínculo que se estabeleceria apenas entre credor e o devedor, mas envolveria o Estado no exercício da função jurisdicional, razão pela qual não seria regulada pelo direito substancial, mas pelo direito processual.

Não duvidava, o autor, da existência da responsabilidade patrimonial como figura autônoma,<sup>53</sup> de suma importância teórica e prática. Entendia, contudo, o grande jurista, que a responsabilidade redundaria concretamente na sujeição do devedor à potestade estatal, no exercício de sua função jurisdicional e para fins de satisfação de outro direito, em relação ao qual teria função meramente instrumental. Daí, então, seu caráter processual.<sup>54</sup> Quanto ao credor, não haveria que se falar num direito substancial de agressão ou garantia sobre bens do responsável, mas, tão somente, na possibilidade de, exercendo seu direito de ação, pleitear ao Estado a atuação da sanção executiva.<sup>55</sup>

Na verdade, se bem analisado, era exatamente este o centro do pensamento de Carnelutti: o titular do poder sancionatório ao qual se submete o sujeito responsável é o Estado, e não o credor. Trata-se, na verdade, do poder de proceder à execução, que atua sobre o patrimônio do devedor em caráter instrumental ao direito de crédito. Em relação à responsabilidade, aliás, a única faculdade atribuível ao credor seria a de pleitear a atuação deste mesmo poder, faculdade esta que nada mais seria que o direito de ação (*in executivis*).<sup>56</sup>

Ação executiva e responsabilidade seriam, destarte, faces de uma mesma moeda, ligadas, ambas, ao exercício da função jurisdicional. Não haveria que se falar, ainda, na existência de qualquer outra figura jurídica conectando-as ao direito subjacente, como um suposto direito substancial à sanção, direito de agressão, direito de garantia etc., “formas que servem a colocar uma máscara civilística a um direito processual”.<sup>57</sup>

As ideias de Carnelutti, então, receberam grande acolhida dos processualistas, que passaram a se empenhar na defesa de que a responsabilidade patrimonial seria tema que dizia respeito à sua ciência. Na Itália,<sup>58</sup> além da adesão de representantes da velha e da nova escola – como, respectivamente, Tito Carnacini<sup>59</sup> e Angelo Bonsignori<sup>60</sup> – merece destaque o pensamento de Enrico Tullio Liebman, não apenas pela influência que tem sobre a processualística brasileira, mas pela profundidade com a qual tratou do assunto.<sup>61</sup>

Ressaltava, Liebman, na linha do que fazia Carnelutti, que o titular do poder sancionatório ao qual se submete o executado é o Estado, no exercício de sua soberania e como titular de prerrogativas que lhe são próprias. A sanção, destarte, não seria elemento da relação jurídica privada, mas de direito público, assim como público era o vínculo estabelecido pela responsabilidade.<sup>62</sup> Entendia, da mesma forma, que ação e responsabilidade se contrapõem, como elementos da relação sancionadora, na qual o Estado ocupa posição central.<sup>63</sup> Completava, seu pensamento, com a ideia que o título executivo seria o portador da sanção, fonte, portanto, de ambas as situações jurídicas.<sup>64</sup>

Na doutrina brasileira,<sup>65</sup> também foi grande a influência dos pensamentos de Carnelutti e Liebman. Divulgada inicialmente por Alfredo Buzaid,<sup>66</sup> a tese da responsabilidade patrimonial como vínculo de natureza processual foi sustentada por diversos dos autores que se dedicaram ao estudo do processo de execução, como Amílcar de Castro,<sup>67</sup> Humberto Theodoro Jr.,<sup>68</sup> e, mais recentemente, Teori Zavascki,<sup>69</sup> dentre outros.

É essa, ainda, a posição sustentada com veemência por Cândido Dinamarco,<sup>70</sup> que, além dos argumentos acima delineados, ressalta, sempre, o caráter instrumental da responsabilidade patrimonial em relação ao crédito.<sup>71</sup> Não trataria, ela, da definição de direitos em favor de um ou outro sujeito, mas, sim, dos meios pelos quais se pode obter a satisfação de um direito que, espontaneamente, não foi observado. É tema, destarte, ligado ao exercício da função jurisdicional, e, portanto, ao direito processual.

Tal posição, todavia, não é unânime na doutrina brasileira, não se podendo desconsiderar a existência de importantes processualistas que defendem pertencer o instituto ao direito material, como é o caso de José Frederico Marques,<sup>72</sup> Alcides de Mendonça Lima,<sup>73</sup> Marcelo Abelha Rodrigues,<sup>74</sup> Araken de Assis<sup>75</sup> e Leonardo Greco.<sup>76</sup> Logo mais, trataremos das objeções por eles lançadas, ao analisar criticamente cada uma das teorias expostas.

#### 2.4. Análise crítica

Vistas, brevemente, as diversas maneiras por meio das quais a doutrina mais atual enxerga a responsabilidade patrimonial e sua relação com as obrigações, podemos, agora, a partir dos argumentos desenvolvidos por seus defensores, bem como das objeções que apresentam às demais concepções, analisá-las criticamente no intuito de chegar a algumas conclusões sobre nosso objeto de estudo.

Começemos pela teoria que chamamos de *binária*. Isto é: por aqueles autores que entendem que a obrigação é composta fundamentalmente por dois distintos vínculos, um dos quais – a relação crédito/débito – outorga ao sujeito ativo o direito a uma prestação a ser realizada pelo sujeito passivo, e o outro – a responsabilidade – permite ao credor buscar a excussão do patrimônio do devedor em caso de inadimplemento.

Segundo nosso juízo, aqueles que assim pensam, ainda que tenham tentado superar as dificuldades expostas a respeito da doutrina do *schuld und haftung*, acabam por cometer equívoco semelhante: supervalorizam o elemento patrimonial, utilizando-o para definir a obrigação, que é – e, como vimos, sempre foi –, fundamentalmente, relação estabelecida entre sujeitos com vistas a uma prestação.

Por isso mesmo, parece-nos claro o mérito da teoria *unitária* ao ressaltar que a obrigação é, essencialmente, vínculo de prestação, sendo a obtenção desta o seu alvo principal. Quanto à responsabilidade patrimonial, atua na economia da obrigação com a função de garantir a proteção dos interesses do credor justamente nas hipóteses em que tal objetivo não é alcançado. Garantia essa que, como vimos, sofreu profunda alteração ao longo da história, sem que isso deva significar uma modificação daquilo que, tecnicamente, se deve entender por relação obrigacional.<sup>77</sup>

De toda sorte, ambas as teorias, a partir do momento em que concebem a responsabilidade como parte integrante da estrutura da relação obrigacional – e, assim, de direito privado – incorrem em equívocos apontados por Carnelutti e seus seguidores, que, a nosso ver, são de difícil superação. Parece-nos, assim, que alguns dos argumentos expostos pelos *processualistas* são claros para o fim de afirmar a pertinência da responsabilidade patrimonial ao direito processual. Vejamos.

É de se observar, inicialmente, que a responsabilidade patrimonial atua, concretamente, sempre no ambiente de um processo judicial. Não há, assim, possibilidade de que os sujeitos envolvidos – credor, devedor, e terceiro responsável – deem atuação à sanção de expropriação sem estarem envolvidos numa relação processual e sem que haja a atuação do órgão jurisdicional.

Tal circunstância, contudo, não é de forma alguma suficiente para se afirmar a natureza processual do instituto, havendo outras situações que, embora sejam de direito material, não encontram atuação fora do processo. Basta que lembremos, por exemplo, dos direitos que se atuam por meio das chamadas ações constitutivas necessárias, ou ainda, da sanção penal, que, conquanto necessitem da autoridade judiciária para se fazer efetivos, têm indubitável natureza

material.<sup>78</sup>

O que, contudo, diferencia a responsabilidade de institutos deste tipo é seu caráter *instrumental* em relação ao crédito: não atua ela no plano da formulação do direito, mas, sim, se presta a dar realização a outro direito já existente, e que não foi espontaneamente observado.<sup>79</sup> No caso, não confere ao credor de certa quantia pecuniária qualquer direito distinto daquele que a relação obrigacional lhe dá, tão somente lhe outorgando *meios* para que, através do processo de execução, seu direito possa ser satisfeito.

Não garante, destarte, qualquer direito sobre os bens pertencentes ao sujeito responsável, mas apenas possibilita que sejam eles submetidos à sujeição do poder estatal através da execução por expropriação.<sup>80</sup> É comum, neste sentido, justamente a afirmação de que a responsabilidade patrimonial não dá ao credor direito sobre os bens a serem executados.<sup>81</sup>

É de se lembrar, aqui, com Liebman, que, a depender do meio executivo, os bens podem atuar tanto como *objeto final* da execução – quando a coisa apreendida é exatamente aquela devida –, quanto como seu *objeto instrumental*. É justamente esta última hipótese o que ocorre na execução por expropriação, em que os bens precisam ser liquidados para que, uma vez obtido o dinheiro, seja satisfeito o direito exequendo.<sup>82</sup> É sintomático notar, aliás, que os bens concretamente atingidos pela sanção expropriatória sejam distintos daqueles envolvidos na relação obrigacional, o que se explica diante do fato de que o Estado, no exercício de seu poder, tem a prerrogativa de deles se utilizar como meios para o cumprimento da missão de entregar a tutela jurisdicional.

Outro argumento que nos parece relevante aparece quando se procura entender o que representa, a responsabilidade, do ponto de vista do credor. Quanto ao devedor, já dissemos que se trata do estado de sujeição a uma sanção executiva, mais especificamente à execução por expropriação. O que se passa, todavia, com o credor?<sup>83</sup>

Trata-se do sujeito que, num primeiro momento, é titular de um crédito pecuniário – originário ou derivado de outra obrigação –, que, entretanto, não foi espontaneamente adimplido. Diante de tal situação, busca, então, a tutela jurisdicional para que, através da excussão do patrimônio do devedor no ambiente de um processo de execução – precedido ou não de fase cognitiva –, possa ver seu direito devidamente satisfeito.

Nesta situação, não temos dúvida de que o papel ativo que exerce o credor após o inadimplemento é apenas um: o de *pedir ao Estado* que, no exercício de sua função jurisdicional, dê proteção a um direito que não foi atendido e que, por sua natureza, exige a prática de atos no plano dos fatos. Exerce, para tanto, seu *direito de ação*, voltado, no caso, à tutela executiva.

Por isso mesmo, pensamos que é claro o acerto daqueles, como Carnelutti e Liebman, que veem na responsabilidade patrimonial uma situação jurídica passiva correspondente, às avessas, à ação executiva.<sup>84</sup> A ideia é simples: o responsável é sujeitado ao poder estatal que, através de seu patrimônio, busca satisfazer outro preceito descumprido, sofrendo, destarte, os efeitos de uma sanção executiva. Já o sujeito ativo pode, apenas, pedir ao estado que dê atuação a essa mesma sanção.

Dessa forma, a partir do momento em que a ação não é mais aceita como algo imanente ao direito subjetivo material, mas como categoria que integra do direito processual – sendo, aliás, instituto fundamental deste –, não temos dúvida de que a responsabilidade deva ser igualmente situada.

Aliás, uma análise mais detida do que escrevem alguns dos autores filiados ao pensamento que chamamos de unitário não deixa dúvidas de que acabam por adotar justamente uma concepção imanentista do direito de ação. Assim, por exemplo, Antunes Varela entende que “a responsabilidade (ação creditória) integra o direito à prestação”.<sup>85</sup> Fernando Noronha, aliás, vai além e afirma, expressamente, que o pressuposto do qual parte a corrente binária – pressuposto, portanto, que ele não adota – é a independência do direito de ação em relação ao direito subjetivo.<sup>86</sup>

Se, é certo, tal premissa até pode ser aceita dentre os civilistas, não vemos como se possa, no estudo do direito processual, acolher a concepção unitária, que, em última análise, acaba por negar conquista fundamental desta ciência. Ressalvamos, apenas, a ideia da obrigação como processo, desde que, como veremos, seja esta devidamente entendida.

Uma solução para tal problema é, como faz a teoria binária, entender que o direito do credor em obter a atuação da responsabilidade patrimonial é distinto do direito de crédito, embora também pertença ao direito material. Haveria, destarte, dentro da ordem substancial um direito à prestação – no caso pecuniária –, e um direito à aplicação da sanção, muito comumente chamado de *pretensão*. É, como vimos, o que escreve Emilio Betti, que vê, na obrigação, concomitantemente uma expectativa de prestação e uma expectativa de satisfação, sendo esta correlata à responsabilidade. Quanto à ação, seria apenas o direito de pleitear a atuação desta última posição, por meio da execução forçada.<sup>87</sup>

É isso, ainda, o que defendem alguns dos processualistas que entendem que o tema é pertinente ao direito material, como José Frederico Marques, que afirma que à *responsabilidade executória* é conexas a *responsabilidade obrigacional*, pertencente ao direito material e consubstanciada na sanção enquanto *obrigação secundária*.<sup>88</sup> Semelhante, ainda, é o pensamento de Marcelo Abelha Rodrigues, para quem, na relação obrigacional haveria, além do débito, a responsabilidade patrimonial, que corresponderia, para o credor, a uma situação de *expectativa de vantagem* de satisfazer seu direito à custa dos bens do devedor, expectativa esta que passaria a ser direito a partir do inadimplemento.<sup>89</sup>

Curioso notar que tal pensamento acaba por se assemelhar àquele, estudado no capítulo anterior, segundo o qual toda sanção daria ensejo à criação de um novo dever jurídico, ainda que de conteúdo – objetivo ao menos<sup>90</sup> – idêntico ao anterior. Quanto à execução, não seria verdadeira sanção, mas apenas a efetivação desta.<sup>91</sup> Por isso mesmo, para aqueles que diferenciam a sanção de sua execução, não se pode negar a coerência em se afirmar a natureza substancial da responsabilidade patrimonial.

Não foi esta, contudo, a premissa que estabelecemos neste trabalho: embora reconheçamos que existem sanções que implicam apenas no surgimento de novo dever jurídico, há outras tantas – executivas – que redundam, tão somente, no exercício de atos coativos com o fim de dar atuação prática a um preceito inobservado. E é exatamente neste último contexto que se insere a responsabilidade patrimonial, enquanto estado de sujeição a uma sanção executiva.

Pensamos, assim, que não há necessidade de se referir, dentro do direito privado, a este outro conceito, como uma espécie de *direito substancial à sanção, pretensão* etc. A ordem jurídica substancial garante, ao credor, o direito a uma prestação por parte do devedor, ou, dito de outra forma, uma posição de vantagem em relação a um bem. Caso, entretanto, este direito não seja espontaneamente observado, resta-lhe buscar a tutela jurisdicional, exercendo, assim, seu direito de ação, garantido constitucionalmente.<sup>92</sup>

Interessante, ainda, o argumento utilizado por Tito Carnacini: considerando que a responsabilidade tem, independente da concepção que se adote, função de garantir o direito de crédito – *instrumento* deste, portanto –, enxergar a tutela executiva como meio de atuação desta, como faz a teoria binária, equivale a dizer que a execução civil atua como *instrumento do instrumento*.<sup>93</sup>

Por isso mesmo é que preferimos adotar a concepção de Carnelutti, no sentido de que não há, dentro do direito subjetivo, que se falar na existência de um direito material à sanção. Para além do direito à prestação estabelecido pela ordem substancial (*crédito*), há, tão somente, o direito – processual – de requerer ao Estado que tutele tal posição de vantagem (*ação*). Por outro lado, do ponto de vista do devedor há, além da obrigação de prestar (*débito*), a sujeição – processual, também – à sanção executiva, levada a efeito pela jurisdição (*responsabilidade*).

Tal concepção poderia fazer crer que o direito de crédito, ao não ser dotado do poder de responsabilizar o devedor inadimplente, não fornecesse, por si só, um meio de se fazer valer

coercitivamente A análise de alguns dualistas, na verdade, acaba por revelar que partem eles justamente da ideia de que deve integrar o direito subjetivo, como algo a ele intrínseco, a sua própria aptidão à realização forçada, sem o qual perderia força jurídica.<sup>94</sup>

O erro está, como adverte Liebman, justamente em isolar o direito de crédito no sistema jurídico em que está inserido,<sup>95</sup> que conta, através do exercício da função jurisdicional, com um aparato de poder, organizado pelo Estado, destinado a fazer valer as posições de vantagem também por ele estatuídas. Aliás, desde o momento em que o Estado proíbe a justiça de mãos próprias e toma para si esta função, a verdade é que nada mais pode fazer o indivíduo além de requerer a prestação da tutela jurisdicional. Em outras palavras, o direito material é, a partir de então, *incoercível* por si só.<sup>96</sup>

Antes da violação deste direito, o credor fica em situação de expectativa, garantida pela ordem jurídica, de que haverá o adimplemento. A partir de então, violado o direito, a única atitude que pode ele tomar é buscar a tutela jurisdicional a fim de que seja garantido o acesso ao bem jurídico devido. Parece-nos, assim, que há fundamentalmente duas posições ativas pertinentes ao credor: ou se fala no direito ao adimplemento sob ameaça da sanção, ou, então, no direito à atuação desta mesma sanção.<sup>97</sup>

#### 2.4.1. Instituto bifronte?

Não se poderia encerrar o presente item sem antes examinar o pensamento de alguns autores que afirmam ser impossível determinar o caráter puramente processual ou material da responsabilidade patrimonial. Seria ela, então, um instituto *híbrido* ou *bifronte*, vez que pertencente tanto a um quanto a outro plano do ordenamento jurídico.

É o caso, por exemplo, de Rodrigo Mazzei: afirma, o autor, que a responsabilidade patrimonial seria instituto bifronte,<sup>98</sup> vez que teria, simultaneamente, “cargas” de direito material e de direito processual, ainda que em intensidades não iguais.<sup>99</sup> O tema é desenvolvido em artigo a respeito de disposições do então projeto de novo CPC acerca da penhora envolvendo o *direito de superfície*.

Dentre os diversos dispositivos analisados, destaca-se o art. 807<sup>100</sup> (dispositivo que veio a se converter no art. 791 do CPC/2015), que estabelece, em apertada síntese, que, caso o sujeito executado seja titular de terreno submetido à concessão superficiária, ou, então, o próprio superficiário, os atos constritivos recairão tão somente no respectivo direito real, não atingindo àquele pertencente ao outro. Dessa forma, por demarcar a fronteira da responsabilidade patrimonial sobre cada um dos direitos reais, seria norma não apenas processual, mas também de direito substancial.<sup>101</sup> Destaca, ainda, que, ao dispor não haver responsabilidade solidária entre os titulares de cada um dos direitos, inova em relação ao Código Civil e ao Estatuto das Cidades, que não deixavam tão clara tal circunstância.<sup>102</sup>

Parecem compartilhar da mesma ideia Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, para quem seria necessário distinguir as diversas funções que a responsabilidade patrimonial pode exercer. Assim, por exemplo, a regra que determina qual o sujeito que deve responder pelo descumprimento da obrigação seria de direito material, vez que regularia o processo obrigacional, definindo as posições que os sujeitos exerceriam na relação jurídica e servindo de diretriz para a tomada de decisões pelo órgão judicial. Por outro lado, as disposições concernentes às impenhorabilidades pertenceriam ao direito processual, vez que definiriam limites ao exercício do poder.<sup>103</sup>

Segundo nos parece, entretanto, não há que se falar no caráter híbrido da responsabilidade patrimonial. A análise de sua função dentro do sistema jurídico apenas permite enquadrá-la no plano do direito processual.

Em conhecido estudo voltado a analisar normas processuais contidas no Código Civil italiano,<sup>104</sup> Liebman trata dos chamados institutos bifrontes (especialmente a *prova, coisa julgada* e a *execução forçada*), que, conforme fora exposto na “Relazione” ao Código de Processo Civil daquele país, seriam suscetíveis de sistematização dentro do direito processual ou material a

depende do ponto de vista.<sup>105</sup>

Afirma, entretanto, o mestre, que seria necessário que o legislador escolhesse entre uma das perspectivas, e o critério, para tanto, decorreria de uma visão mais geral sobre a função e a destinação do processo civil no ordenamento jurídico moderno: seria este simplesmente um meio para a defesa dos interesses dos particulares, ou, então, seria instrumento de uma essencial função do Estado, destinada à atuação do direito? Como seria de se esperar, optando pela segunda das perspectivas, afirma ele que tais institutos pertencem ao direito processual.<sup>106</sup>

Dirige, ainda, críticas a Calamandrei, autor segundo o qual seria impossível traçar claramente uma fronteira entre direito material e direito processual no que diz respeito a certos institutos. Afirma, então, que tal pensamento – que deixaria “à meia estrada” um grupo importante de dispositivos legais, criando, assim, uma tripartição das normas, vez que, ao binômio direito-processo, acrescentaria outra classe de regras – derivaria do pressuposto inaceitável de que o direito processual cuidaria, apenas, de questões formais.<sup>107</sup>

Liebman, destarte, acaba por *negar a existência de tais institutos híbridos*, afirmando que, tendo caráter instrumental e secundário, pertencem, todos, ao direito processual.<sup>108</sup>

Outro autor a tratar dos institutos bifrontes é Cândido Dinamarco:<sup>109</sup> afirma ele que, apesar da autonomia do direito processual em relação ao direito material, haveria, entre os dois planos, *faixas de estrangulamento*. Isto é: institutos “*francamente processuais*” (*ação, competência, provas, coisa julgada* e, ao que nos interessa, a *responsabilidade patrimonial*), que, entretanto, se aproximariam significativamente das situações de direito material sobre as quais visam atuar, interferindo na vida das pessoas em sociedade.<sup>110</sup>

Tais institutos, então, integrariam o que Dinamarco chama, com apoio em Chiovenda, de *direito processual material*, vez que, conquanto apenas no processo apareçam concretamente, são integrados por elementos definidos pela ordem substancial.<sup>111</sup>

De toda sorte, apesar de tais colocações, o autor é claro, em mais de uma oportunidade, ao afirmar que tais disposições tem caráter *processual*. O que ocorre é que, em virtude da *instrumentalidade* inerente às normas de processo – aqui, acentuada –, estes institutos sofrem intensa influência da situação substancial a ser tutelada, que interfere sobremaneira em sua disciplina.<sup>112</sup>

É exatamente, segundo pensamos, o que se passa com a responsabilidade patrimonial: apesar de nos parecer clara a sua pertinência ao direito processual – vez que, como explicitado, se trata da sujeitabilidade à expropriação executiva, requerida pelo credor com o fim de satisfazer outro direito –, não podemos negar que se trata de instituto que, a um só tempo, (i) *sofre intensa influência das normas de direito material*, e (ii) *repercute em situações exteriores ao processo*.

Quanto à (i) influência que as normas de direito material exercem sobre a disciplina da responsabilidade patrimonial decorre, sobretudo, do fato de se tratar de instituto que *atua sensivelmente sobre o direito de propriedade*. Considerando a importância que a propriedade tem em nosso sistema jurídico, parece natural que os limites dentro dos quais o Estado pode agredi-la sofra influências de toda ordem. É isso, aliás, o que ocorre com o art. 791 do CPC/2015, acima mencionado: se o direito processual define que o patrimônio do devedor deve responder ao inadimplemento, é o direito material quem define *o que integra este patrimônio*, separando, no caso, os direitos reais decorrentes da concessão superficiária. Em última análise, mencionado dispositivo visa, tão somente, a especificar, a partir dos dados colhidos do direito das coisas, como deve atuar a regra geral da responsabilidade.

Por outro lado, o fato de (ii) a responsabilidade patrimonial repercutir em situações exteriores ao processo decorre da importância que tem enquanto principal mecanismo destinado à tutela das obrigações pecuniárias, sem o qual estas praticamente careceriam de juridicidade. Tal fato, porém, não é suficiente para afastar o caráter processual do instituto, sobretudo se levarmos em consideração sua *função de instrumento* em relação ao direito de crédito e à concretização da



tutela jurisdicional.<sup>113</sup>

Dessa forma, não temos dúvidas em afirmar que o “núcleo duro” da responsabilidade patrimonial – sujeitabilidade do patrimônio à atuação da sanção executiva por expropriação, a pedido do credor insatisfeito – pertença ao direito processual.

## 2.5. A responsabilidade patrimonial nas relações entre direito e processo

Não se está aqui a negar que a responsabilidade patrimonial faça parte da obrigação enquanto fenômeno único que é. Não temos dúvidas de que, por exemplo, ao firmar um contrato, os sujeitos envolvidos já têm em geral a plena consciência de que, no desenvolvimento da relação, caso um deles deixe de cumprir o avençado, sua conduta poderá ser sancionada com a excussão de seu patrimônio. E, sendo assim, ao menos como ameaça – ou, nos termos vistos, como potência – a responsabilidade já existe e já atua antes da existência de qualquer processo judicial. Como, aliás, pode haver outras tantas garantias que com a responsabilidade patrimonial são inconfundíveis, como uma multa contratualmente estabelecida.

Assim é que, repetamos, enquanto fenômeno social, enquanto totalidade, obrigação e responsabilidade se fundem numa só realidade. O próprio Carnelutti, aliás, aquele que primeira e mais profundamente defendeu a natureza processual da responsabilidade, admitia tal circunstância, deixando claro que direito substancial e direito processual seriam apenas ramos que partiriam do tronco comum do direito: este não teria razão de ser sem aquele, que, por sua vez, perderia sua força sem este.<sup>114</sup>

Por tais razões, podemos aceitar como correta a ideia de que a responsabilidade é um dos momentos que integram o *processo obrigacional*, desde que se entenda que este processo, enquanto fenômeno amplo, pode dar azo a situações jurídicas não apenas materiais como processuais.<sup>115</sup>

Vemos como possível, assim, distinguir, neste fenômeno, o que pertence ao plano do direito material e aquilo que diz respeito ao direito processual. E, para tanto, parece-nos que o caráter *instrumental* da responsabilidade patrimonial em relação ao crédito é forte argumento para afirmar sua pertinência à ordem processual.

Vale lembrar, aqui, que a instrumentalidade das normas processuais é afirmação corriqueira na doutrina,<sup>116</sup> sendo, segundo nos parece, critério seguro para diferenciá-las daquelas pertinentes ao direito material. Ainda que já tenha sido afirmado que elas são instrumentos voltados não somente à proteção dos direitos subjetivos, mas a outras finalidades – sociais e políticas – da jurisdição, não se chega a negar que se prestam, também, à atuação do direito material, sendo este seu escopo jurídico.<sup>117-118</sup>

À ordem jurídica material, como se sabe, cabe o papel de *criar* direitos subjetivos, deveres etc., fazendo prevalecer o interesse de um sujeito sobre o de outro, colocando-o em posição de vantagem em relação a certo bem da vida. O direito processual, a seu turno, atua no objetivo de *garantir*, por meio da atuação da jurisdição, a observância compulsória do direito substancial, protegendo situações jurídicas que preexistem ao processo.<sup>119</sup>

É essa, como se sabe, uma visão da ordem jurídica chamada de *dualista*, porque distingue, naquela, dois momentos muito claros: o de *criação* de direitos subjetivos (plano substancial) e o de *proteção* destes (plano processual). A ela, se contrapõe outra, *monista*, que entende que o processo participa também da gênese dos direitos.<sup>120</sup>

Procurando, assim, situar a responsabilidade patrimonial naquela primeira perspectiva, parece-nos claro que seu papel é, ao invés de criar um direito subjetivo material, garantir que o crédito pecuniário não espontaneamente observado possa ser satisfeito por obra da jurisdição. Resta claro, assim, seu caráter instrumental, que nos permite coloca-la nos quadrantes do direito processual.

De toda sorte, mesmo sendo Carnelutti expoente do pensamento monista,<sup>121</sup> tal fato não o impediu de também afirmar a natureza processual da responsabilidade. Apega-se, para tanto, à circunstância tantas vezes aqui ressaltada de que, na responsabilidade patrimonial, entra em cena o poder estatal, que cria, para o sujeito responsável, não uma obrigação, mas um estado de sujeição. Ressalta, ainda, que, em relação ao credor, que exerce seu direito de ação, o Estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional.<sup>122</sup>

Importante deixar claro, por fim, que afirmar o caráter processual da responsabilidade patrimonial não significa, de forma alguma, diminuir a sua importância. Significa, na verdade, afirmar que ela, enquanto instrumento destinado à proteção de outro direito, não tem um fim em si mesma. Em outras palavras, que ela existe única e exclusivamente para que um crédito pecuniário possa se fazer efetivo na vida real, no plano dos fatos, e não como mera promessa contida em enunciados jurídicos.<sup>123</sup>

Significa, ainda, que, como instituto processual, a responsabilidade não é relevante apenas para os indivíduos envolvidos na relação obrigacional, mas, antes disso, para o Estado, no intuito de garantir a observância do direito objetivo e cumprir a missão de entregar a tutela jurisdicional. É claro, nesta perspectiva, o *interesse público* que permeia a responsabilidade patrimonial.

Vale lembrar que, como já dito, a partir do momento em que o Estado proíbe a justiça de mãos próprias, o direito material é, por si só, incoercível. Depende, portanto, da existência de um aparato institucionalmente organizado destinado a garantir a sua observância quando não for espontaneamente obedecido. Pode-se dizer, assim, que há, entre direito e processo, uma relação de interdependência: este existe em função daquele, que, por sua vez, jamais seria efetivo sem a atuação deste.<sup>124</sup>

Fala-se, hoje, na necessidade de *relativizar* o binômio direito-processo. Não significa isso, de maneira alguma, eliminar as diferenças que há entre um e outro plano do ordenamento jurídico, mas, sim, tendo noção dessa recíproca dependência, aproximá-los. Fazer, em outras palavras, com que as normas processuais, enquanto instrumentos que são, possam se adaptar às necessidades do direito substancial. Conceber, assim, os institutos processuais à luz das situações substanciais a serem tuteladas.<sup>125</sup>

E é exatamente nisso que, a nosso ver, reside a importância atual de retomar discussão travada há mais de meio século e afirmar o caráter processual da responsabilidade patrimonial: deixar claro que todas as regras a ela concernentes devem ser colocadas a serviço da proteção do direito de crédito, adaptando-as, inclusive, quando necessário. Veremos, na sequência, de que forma isso se justifica a luz da atual realidade da tutela jurisdicional executiva.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Sobre o surgimento do tema da responsabilidade patrimonial, primeiramente dentre os civilistas e depois entre os processualistas, reportamo-nos ao que escrevemos na introdução deste trabalho.

2

A ressalva deve-se ao fato de que os civilistas costumam diferenciar a obrigação em sentido estrito de outras acepções mais amplas, seja como sinônimo de *dever jurídico* ou, mesmo, de *dever social*. Assim, por exemplo: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 17-18; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3-13; PEREIRA, Caio Mário da

3

Sobre a caracterização da obrigação como *vínculo, relação*, ou, ainda, *situação* jurídica, ver, por todos: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. 1, p. 8-12.

---

4

Escreve, por exemplo, Antunes Varela que “a prestação é o *fulcro* da obrigação, o seu *alvo* prático” (*Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1970, p. 51). Significativas, ainda, são as palavras de Pontes de Miranda: “O bem, nos direitos de crédito, é, no fundo, ato do devedor (*dare, facere, non facere*). Os que afirmam que o direito de crédito recai sobre a pessoa do devedor, confundem o *bem* e o *devedor* (polo da relação jurídica obrigacional). A obrigação de fazer, por exemplo, é obrigação que tem o devedor de praticar ato positivo. O bem é o *ato*. Quem é obrigado ao ato é o devedor. Portanto, o devedor, a pessoa do devedor, é o sujeito passivo, na relação jurídica obrigacional; o bem, que se deve, é o seu ato. A pessoa do devedor é sujeito passivo, e não bem”. (*Tratado de direito privado*, t. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 14).

---

5

Esclarece, entretanto, Fernando Noronha, que o interesse do credor dirige-se mais ao resultado do ato do devedor que à própria conduta: “O credor, todavia, não está interessado propriamente na ação ou omissão do devedor, mas sim no resultado dessa conduta. (...) O credor tem em primeira linha o direito de exigir uma ação ou omissão do devedor, mas aquilo em que está verdadeiramente interessado é algo que está para além dela, embora sem princípio só possa ser alcançado através da atuação do devedor” (*Direito das obrigações*, vol. 1, p. 36).

---

6

“A jurisprudência romana construiu a noção de ‘obligatio’ de modo assaz preciso e tecnicamente definido. No pensamento daqueles juristas, essa consiste em uma situação caracterizada pelos seguintes elementos: a) um sujeito, o devedor (‘debitor’) é encarregado de um dever jurídico (débito: ‘debitum’) em relação a outro sujeito, individualmente determinado, o credor (‘creditor’); b) tal dever se refere à execução, em favor do próprio credor, de uma prestação com caráter patrimonial; c) o direito do credor (crédito: ‘creditum’) não atribui a este poder algum sobre as coisas ou, em geral, os bens que constituem o objeto da prestação devida (...)” (CANNATA, Carlos Augusto. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno. Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, vol. XII. 4. ed. Torino: UTET, 1996, p. 409 – tradução livre).

---

7

É o que ensina Buzaid: “A doutrina, fundada em dois famosos textos de direito romano, sustentou que a essência da obrigação consistia, do lado passivo, no dever de realizar a prestação e, do lado ativo, no correspondente direito do credor de exigí-la. Esse conceito, que foi ensinado nas escolas medievais e acolhido pelo direito moderno, dominou, com algumas variações, até o último quartel do século XIX” (BUZOID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 14-15).

Semelhante, ainda, é o que se extrai de Roberto de Ruggiero, que, se referindo também aos mesmos textos, escreve que “a noção de relação obrigacional acolhida pelo Direito moderno não difere em suas linhas gerais da tão admiravelmente construída pelos juriconsultos romanos” (*Instituciones de derecho civil*, vol. 2. Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Reus, 1931, p. 3 – tradução livre). Para a transcrição dos dois textos em latim e sua tradução, conferir: LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 9-10.

---

8

Sobre a pessoalidade das obrigações no Direito Romano e a intransmissibilidade como consequência dessa ideia, vejamos o que escreve Pontes de Miranda “No direito romano, as relações jurídicas do direito das obrigações eram mais pessoais do que hoje. O *vinculum iuris* prendia as pessoas do devedor e do credor, de modo que o objeto da prestação era secundário. O direito germânico foi que concorreu para essa deslocação dos pontos de ligação, caracterizando a *pessoalidade* das pretensões como relação entre sujeito ativo e passivo porém sem a inserção da pessoa em si (...). O devedor de hoje deve o fazer ou o não fazer, ou o dar (que é fazer), mas do fazer ou do não fazer ele é que tem o arbítrio. Se emprega esse arbítrio contra aquilo a que está vinculado responde pelos danos. As obrigações de dar compreendem as obrigações de entregar posse, propriedade ou outro direito, porém não há a constrição pessoal a isso. A concepção germânica preparou o princípio da transmissibilidade das relações jurídicas de obrigação” (*Tratado...*, t. XXII, p. 8).

---

9

“As relações de obrigações são, assim, vínculos entre pessoas e pessoas, vínculos de coordenação, mas não de subordinação, de tal forma que a sua sanção inevitável se caracteriza por tornar efetiva, sem vulnerar a liberdade humana. É verdade que historicamente nem sempre foi assim” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso...*, vol. II, p. 6).

---

10

Sobre a característica da *impessoalidade* na obrigação moderna, assim escreveu Cáo Mário: “O Direito moderno retoma, sem grandes modificações, a noção romana. (...) É de assinalar-se, entretanto, que se atribui à vontade plena força geradora do vínculo, ao mesmo tempo que se aceita, sem qualquer constrangimento, a impessoalidade da obrigação. Neste passo, é necessário frisar que uma distância muito grande se abre entre a concepção romana e a moderna, precisamente no que diz respeito a esta impessoalidade do vínculo” (*Instituições...*, vol. II, p. 9).

---

11

Veja-se, por exemplo, o que escreve Cáo Mário: “A noção fundamental de obrigação aí reside, mais ou menos a mesma nos diversos sistemas jurídicos, e em variadas épocas. É certo que fatores diferentes têm atuado na sua etiologia, sem, contudo, lhe alterar a essência. Se focalizarmos o excessivo rigor individualista do Direito romano, o notório pendor espiritualista medieval, ou a influência socialista marcante do direito moderno, e analisarmos, às respectivas luzes, a estruturação dogmática da obrigação, não encontramos diversidade essencial. Podem variar os efeitos ou a intensidade do vínculo, a sua pessoalidade ou a sua projeção econômica. Mas as características fundamentais não passam por metamorfose radical”. (*Instituições...*, vol. II, p. 3).

---

É comum, inclusive, a afirmação que, dentre os ramos do direito privado, o direito das obrigações é aquele que menor variação apresenta no tempo e no espaço. A este respeito, interessantíssimas são as palavras de Manuel Domingues de Andrade: “Teria, assim, o direito das obrigações uma espécie de privilégio: *o da unidade no tempo e no espaço*. Não se trata, sem dúvida, da completa fixidez deste ramo do direito. Mas é certo que ele se tem mantido, muito mais do que qualquer outro, invariável no tempo e no espaço, ainda que sem fugir à grande lei da evolução e da diversidade que rege todo o mundo jurídico. Esta relativa unidade e permanência do direito das obrigações – sensível, ele também, como não podia deixar de ser, às transformações que vão ocorrendo na vida social – adviria de que os dados ou pressupostos reais susceptíveis de nele influírem se têm mantido uniformes em mais ampla medida do que os correspondentes aos outros sectores do direito” (*Teoria geral das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1966. Nota n. 1, p. 14).

---

“Aquela teoria é de procedência germânica. Foi obra de alemães – dos chamados *germanistas* (historiadores do direito germânico) – a começar por Amira, seguindo-se depois Schwerin, Otto v. Gierke e muitos outros. Pretendem estes autores que nas fontes do antigo direito germânico aparecem nitidamente separados e distintos os conceitos de *Schuld* e de *Haftung*. (...) Esta concepção dos germanistas, com efeito, não tardou a ser divulgada entre os romanistas e até entre os civilistas, tendo entre uns e outros conquistados adeptos que afirmaram a sua validade para os respectivos domínios” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações*, p. 37). Conta-se que, não obstante tenha tido início com Brinz, a doutrina teve seu maior desenvolvimento em Otto v. Gierke (neste sentido: BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, vol. IV. Milano: Giuffrè, 1990. Nota n. 14, p. 27; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15). Para uma ampla relação de seus adeptos, conferir: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações*, p. 36; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. Nota n. 3, p. 21; RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones...*, vol. 2, nota n. 1, p. 9.

---

Importante ressaltar que, como adverte Buzaid, “a doutrina *da dívida e da responsabilidade* não foi uniforme, nem logrou consenso universal. Surgiram divergências entre os seus partidários, no esforço de produzir contribuição original” (*Do concurso de credores...*, nota n. 17, p. 17). Para ampla análise da doutrina, e de diversas das teorias nela enquadráveis, conferir, com grande proveito: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações*, p. 36-46.

---

“É aqui de observar que a doutrina que vê na obrigação a presença dos dois fatores do *debitum* e da *obligatio*, conhecida também pelo nome de teoria do débito (o *Schuld*) e da responsabilidade (ou *Haftung*), não desconhece a presença, na obrigação, do elemento pessoal, em quanto o coloca ao lado daquele patrimonial, e assim o considera, tanto quanto este, necessário à estrutura da obrigação. Todavia, é inegável que esta construção da relação obrigacional atribui um lugar proeminente, entre os dois elementos constitutivos da obrigação, àquele patrimonial, ou seja, à responsabilidade dos bens do devedor. Tanto isto é verdade que os mais consequentes sequazes daquela teoria tendem claramente ou

veladamente a degradar à mera expectativa a posição de proeminência relativa ao credor na relação de *debitum*” (GIORGIANNI, Michele. *Obbligazione (diritto privato). Novissimo digesto italiano*, vol. XI. Torino: UTET, 1957. p. 610 – tradução livre). Perceberam-no, ainda: BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, vol. IV, p. 27-28; BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores...*, p.15; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, p. 22.

---

16

Vale conferir a explicação Manuel de Andrade: “*Quanto ao débito* ele constituía uma relação bilateral, integrando, portanto, dois termos, um activo e outro passivo. No lado passivo encontraríamos um *dever prestar*, tendo como sujeito o devedor. Tratar-se-ia de um dever jurídico, embora o motivo desta qualificação seja variável consoante os autores. No lado activo só nos depararia uma *expectativa* do credor – a de receber a prestação. Uma *expectativa jurídica*, todavia, por ser fundada no ordenamento legislativo (*solutio retentio*). Não um *direito* à prestação, visto não poder o credor, quando consideramos só o débito, proceder judicialmente contra o devedor. Aquela expectativa define-a Pacchioni como um estado de *confiança jurídica* em que é posto o credor: a confiança de receber a prestação pelo simples facto de ela lhe ser juridicamente devida. E porque só de expectativa se trata, o mesmo Pacchioni conclui que na relação de débito não há um verdadeiro e próprio sujeito activo, só impròpriamente se podendo chamar ‘credor’ (*abusive creditor appellatur*) ao destinatário da prestação devida” (*Teoria geral das obrigações*, p. 41). Idêntica, ainda, é a explicação de Antunes Varela (*Das obrigações em geral*, p. 104-105).

---

17

“A teoria do débito e da responsabilidade partiu, porém, da ‘separação’ de tais dois elementos para rever a concepção da obrigação, e precisamente para centrar na responsabilidade patrimonial o fulcro da relação obrigacional, a respeito da qual o débito poderia até não existir e teria ainda um significado marginal” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, vol. IV, p. 27 – tradução livre).

---

18

Tais termos são encontrados em: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil (direito das obrigações – 1.ª parte)*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 23.

---

19

Para análise e críticas mais amplas a ambas as teorias, atribuídas a autores franceses (Gaudemet, Gazin e Jallu), ver, por todos: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 96-103.

---

20

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, vol. V, t. II, p. 14-18.

---

21

“O facto de o credor, no caso de inadimplemento, só poder agir contra os bens do devedor, não prova que toda a obrigação se reduza a um direito daquele sobre o património deste, pois que os meios através dos quais se opera a coercibilidade dum direito, incluindo os vários modos da respectiva execução forçada, não podem decidir sobre a originária e principal natureza e qualificação desse direito” (ANDRADE,

22

“Fosse, de facto, pelo intuito de acentuar que o direito moderno havia definitivamente apagado os últimos vestígios da subordinação pessoal do devedor, fosse porque exageraram o alcance de um fenómeno a que mais adiante se fará alusão, certo é que os autores vieram a tomar a nuvem por Juno, desprezando o sentido originário do direito do credor para cuidarem apenas do fenómeno subsidiário, instrumental (embora da maior importância teórica e prática), que é a sanção ou garantia do direito” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 102).

---

23

“Se o tal poder do credor sobre os bens do devedor visa apenas retratar a execução forçada do património deste, o conceito de obrigação começaria por não abranger a grande massa das obrigações que nascem, vivem e se extinguem, tanto na vida civil como no giro mercantil, sem necessidade de recorrer à acção creditória ou a qualquer dos meios que funciona, como seus auxiliares ou complementos” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 97-98).

---

24

Referindo-se à definição da obrigação a partir da responsabilidade, escreve Adolfo di Majo que “embora contendo elementos de verdade, não parece alinhada com uma evolução da obrigação que tende a acentuar a função também ‘propulsiva’ ou ‘motivacional’ do ‘dever prestar’, isto é, o estímulo adimplir que sobre o devedor exercita (a existência de) a obrigação (função *ética* da obrigação) e que, de outro lado, tende a acentuar um papel ‘residual’ ao mecanismo da ‘responsabilidade patrimonial’ (...)” (Obbligazione: teoria generale. *Enciclopedia giurídica*, vol. XXIV. Roma: Treccani, 2007, p. 3 – tradução livre). Ver, ainda: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. 1, p. 141.

---

25

“De todo estes movimentos de ideias – e mesmo que a concepção mais inovadora de Von Gierke não tenha, a final, dominado – restou ao menos assentado o discernimento, na relação obrigacional, entre dois *momentos*, o marcado pelo dever de prestar, imposto ao devedor, e o assinalado pelo correlativo direito à prestação, atribuído ao credor, isto é, o seu chamado ‘poder de agressão’ sobre o património do devedor, no caso de inadimplemento e a consequente garantia que aquele património representa” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, vol. V, t. II, p. 18). No mesmo sentido, reconhecendo a importância da teoria, embora dela discordando: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações*, p. 46; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. 1, p. 139.

---

26

Assim coloca Carnelutti o problema: “Agora chegamos ao maior tormento da teoria da obrigação: o conceito desta, *a parte debitoris*, se exaure com a obrigação (...), ou contem algo a mais, e este algo a mais é aquilo que se sói chamar de responsabilidade (...)?” (Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni. *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*. Padova: Cedam, 1927, p. 308 – tradução livre).

---

Para uma relação completa de todas essas situações, ver, por todos: GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 19-20. Interessante, ainda, conferir alguns exemplos de situações deste tipo ao longo da história, que inspiraram a doutrina do *schuld und haftung*, em: RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones...*, vol. 2, p. 11-12.

---

“Responsabilidade e débito foram por nós definidos separadamente uma do outro: e assim também os termos a eles correlativos do lado ativo: expectativa de satisfação e expectativa de prestação. (...) Onde a obrigação, assim entendida, pode em geral definir-se: aquela relação jurídica patrimonial entre duas pessoas, em força da qual uma (o devedor) é responsável frente à outra (o credor) pelo ocorrer de um evento determinado (positivo ou negativo), que, de regra, é pela lei devido (=“prestação”). (...) Considerada no primeiro momento (I), a obrigação, quando o evento esperado seja – como é de regra – em poder e em dever do obrigado, se apresenta da parte passiva (a), como *débito*, como dever de prestação; da parte ativa (b), como crédito, como expectativa de prestação. Considerada no segundo momento (II), a obrigação se apresenta da parte passiva (a), como *responsabilidade* por inadimplemento do débito; da parte ativa (b), como expectativa de satisfação, como *direito de garantia* do crédito: direito, ou seja, de realizar, no seu valor econômico-social a responsabilidade” (Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell’azione. *Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 110-113 – tradução livre).

---

“Que a expectativa de satisfação tenha caráter eventual e secundário foi já posto em relevo (...). Mas essa não é, só por isso, menos imanente ao direito patrimonial que a expectativa de prestação” (Il concetto della obbligazione..., p. 78 – tradução livre).

---

“A responsabilidade por débito tem uma *função dúplice*, preliminar uma, principal a outra, dirigidas ambas a superar, por vias diversas, a resistência do devedor. A responsabilidade tem por função preliminar ou preventiva aquela de colocar o devedor numa *situação de coação*: de exercitar sobre a vontade relutante dele uma pressão (coação) que, determinando na sua mente um *juízo de conveniência*, o induza, através de tal juízo, ao voluntário adimplemento do débito. A responsabilidade tem depois por função principal ou substitutiva aquela de garantir ao credor – para o caso de que a coação falhe no escopo de induzir o devedor ao adimplemento do débito – satisfação por meio independente da vontade e da atividade do devedor (por sub-rogação)” (Il concetto della obbligazione..., p. 116-118 – tradução livre).

---

“Feitas estas explanações preliminares, compreende-se porque adoptei o seguinte modo de definir *obrigação*: – *é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por acto nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa acção ou omissão*” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 14).

---



Importante ressaltar, contudo, que a teoria que o autor afirma adotar seria a *eclética*, criticando a *dualista* (ou *binária*), que corresponde ao que aqui chamados de *doutrina do schuld und haftung*. O seguinte trecho não deixa dúvidas da posição do saudoso civilista: “As duas correntes rivais, *nemine dissentiente*, admitem a coexistência dos dois elementos, o espiritual e o material; mas, aceitando-os, a teoria clássica ou tradicional põe em relevo o primeiro, que, no seu entender, se acha sempre na plana mais avançada, incorporando-se nele o segundo. A teoria dualista, ao contrário, situando-se em outro ângulo, sublinha ambos os elementos, ressaltando, porém, a importância do material ou patrimonial (a responsabilidade), relegando a plano secundário o espiritual. Parece-nos que a verdade se encontra numa posição intermediária. Os dois elementos são igualmente essenciais, tanto o pessoal, que vincula o devedor ao credor, como o patrimonial, que submete os bens do primeiro, para sujeita-los à disposição do segundo. (...) Essa terceira corrente, que corresponde na atualidade à *communis opinio*, é a mais satisfatória, sobretudo perante o Código Civil brasileiro, constantemente preocupado com o aspecto cultural e moral das relações jurídicas. Ela não faz, como a teoria dualista, abstração dos valores humanos, ideias e espirituais, mas, ao inverso, reconhece-lhes a importância e significação. Efetivamente, a doutrina binária rebaixa o elemento espiritual, valorizando em demasia o patrimonial, esquecida de que, por fortuna, o adimplemento da obrigação é a regra, o inadimplemento, a exceção. Sempre que a regra se faz sentir, por voluntária disposição do devedor, o elemento material perde seu relevo, ofusca-se mesmo. Mas, por outro lado, a teoria eclética não amesquinha e não despreza questionado elemento material, colocando os bens do devedor à disposição do credor, no caso de inadimplemento da obrigação” (*Curso...*, p. 25).

---

*Instituições...*, vol. II, p. 18-21. O seguinte trecho retrata bem o pensamento do autor: “Embora, repetimos, andem normalmente juntos, *debere* e *obligatum esse*, às vezes se dissociam, para repousarem em elementos subjetivos diferentes, e força é reconhecer que, se de princípio o entendimento desta ideia dualista exige uma atenção mais apurada e um poder maior de abstração, certo é, também, que a noção fundamental de obrigação mais se aclara após esta análise e a percepção do *iuris vinculum* mais nítida se desenha: a obrigação impõe ao devedor uma prestação e concede ao credor o poder de exigí-la. Se este poder fosse despido de sanção, a obrigação seria incompatível com a exigibilidade que é efetiva, precisamente em razão do credor sentir a garantia sobre o patrimônio do devedor, e tanto assim é que não tem faltado quem explique a obrigação natural como um ‘débito sem responsabilidade’” (p. 20-21).

---

“Aprofundada a análise, verifica-se que a *obligatio* é da essência da relação obrigacional, pois não contém apenas o *dever de prestação*, mas, *sujeição* do patrimônio do devedor, ou de outrem, ao pagamento da dívida. O *direito de crédito* valeria pouco se seu titular não pudesse exercê-lo coagindo o devedor, pela execução de seus bens, a satisfazer a prestação. Sem *obligatio*, a relação obrigacional não se torna perfeita. Necessário, pois, separá-la do *debitum* para definir, com maior precisão, o conteúdo dos direitos de crédito” (*Obrigações*, p. 20).

---

“Assim, decomposta a relação obrigacional tem-se que o direito de crédito colima um fim imediato, que é a prestação, e outro remoto, representado pelo patrimônio do devedor, que assegura a eficácia do adimplemento prometido” (*Fraude contra credores*, p. 23).

---

37

“Mesmo que não se aceite a doutrina que sustenta a possibilidade da decomposição da relação obrigacional em *débito* e *responsabilidade* – de modo a considerar, em muitas hipóteses, o terceiro responsável como não devedor –, é inegável que a estrutura da obrigação é formada por esses dois elementos. Em toda obrigação há o dever de prestar (*débito*), ou seja, o compromisso que o devedor assume de satisfazer ao credor, cumprindo a obrigação; e há, do ponto de vista objetivo, a vinculação do patrimônio do obrigado, ou de parte dele, a fim de que o credor obtenha a satisfação de seu direito de crédito nos bens do devedor, quando este espontaneamente não cumpra a obrigação. Este vínculo patrimonial de sujeição dos bens do devedor, para satisfação do credor, é que se denomina *responsabilidade*” (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*, vol. 1, t. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57).

---

38

Logo após esclarecer que por *pretensão* denomina o direito de reclamar a prestação, o autor alemão afirma que: “Enquanto a ‘pretensão’ se endereça contra a pessoa do devedor, de quem o credor reclama a prestação, a ação executiva não se dirige, na maioria dos casos, contra o próprio devedor, mas contra seu patrimônio. (...) Se ao analisar juridicamente a obrigação não nos limitarmos, como é frequente, à ‘pretensão’, mas se estendermos o olhar à ação executiva mediante a qual se faz valer, veremos que a definição que do crédito se costuma dar, como um direito dirigido contra a pessoa do devedor, peca por imprecisa. Em um primeiro plano, o objeto do crédito é, evidentemente, o devedor; porém, considerada a coisa a fundo, se o crédito se traduz em uma condenação por falta de pagamento, se vê que o verdadeiro objeto, sobre o qual versa, é seu patrimônio. A situação jurídica do patrimônio exposto à ação executiva do credor pode expressar-se bastante exatamente com a palavra *responsabilidade*. O crédito encerra um dever para o devedor e uma responsabilidade para seu patrimônio” (*Tratado de las obligaciones*, t. I. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1934. p. 10 – tradução livre).

---

39

*Comentários*..., vol. V, t. II, p. 20.

---

40

“É certo que a *juridicidade* do poder conferido ao credor se manifesta principalmente, com maior força e maior aparato, no direito de agressão do patrimônio do devedor, mas não deixa de reflectir-se ainda em outros aspectos, à margem dessa faculdade” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 81). Em igual sentido, ainda: BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, vol. IV, p. 25-26; e NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. 1, p. 130.

---

41

“Olhando a relação obrigacional do ponto de vista ativo, dir-se-á que o direito de ação faz parte integrante

do crédito. Encarando a relação do ponto de vista passivo, pode-se dizer que a responsabilidade é um dos elementos da obrigação, na medida em que a coercibilidade é essencial em qualquer relação jurídica privada. As medidas de tutela jurídica do direito do credor constituem, afinal, a *garantia* da relação jurídica obrigacional; são elas, por outras palavras, que expressam a *juridicidade* da obrigação. Ora, da mesma maneira que a garantia de qualquer outra relação jurídica é algo que sempre está fora do seu núcleo, ou estrutura interna, na relação obrigacional as medidas de tutela estão fora da relação interna ‘direito do credor – dever de prestar’, examinada no capítulo anterior” (*Direito das obrigações*, vol. 1, p. 136-137).

---

42

*Diritto civile*, vol. IV, p. 26.

---

43

“Se o devedor não faz a prestação, o credor tem direito a se dirigir contra o patrimônio do devedor, direito que pode exercitar mediante o auxílio da autoridade (demanda e execução forçada). Este direito a se dirigir contra o patrimônio do devedor é uma consequência do direito de crédito, sem o qual este teria escasso valor, porém, não vai implícito no direito de crédito como conteúdo imediato. O *conteúdo* do direito de crédito se esgota no poder exigir e no dever prestar. Portanto, o direito a dirigir-se contra o patrimônio pode estar muito diversamente configurado e experimentar profundas alterações sem que o conteúdo e nem sequer a identidade do crédito se modifiquem” (*Derecho de obligaciones*, vol. I. Trad. Blas Pérez Gonzales y José Alger. Barcelona: Bosch, 1944. p. 9 – tradução livre).

---

44

“Resulta, pois, que ao conceito *essencial* de obrigação corresponde, da parte do credor, um *poder exigir* (obrigações civis) ou pelo menos um *poder pretender* (obrigações naturais), e um *dever prestar*, da parte do devedor, bem como o tratar-se dum poder concedido e de um dever imposto ou sancionado pelo Direito, como tal devendo intervir qualquer forma de proteção jurídica, que os distinga dos poderes e deveres provenientes de outra fonte normativa. Já não pertence ao mesmo conceito o poder de agressão do credor, com a correlativa responsabilidade do devedor. Estes elementos acompanham quase sempre a obrigação e são eles que lhe dão quase totalmente o seu valor prático, mas podem não existir, sem que isto importe radical incompatibilidade com a própria ideia de obrigação. Por outro lado, mesmo onde existe o poder de agressão do credor sobre o patrimônio do devedor, com a conseqüente responsabilidade, a obrigação não consiste propriamente nisto. Tais elementos, que afinal se podem reconduzir ao conceito de acção creditória, não fazem parte da obrigação como seu conteúdo *imediato*” (*Teoria geral das obrigações*, p. 27-28).

---

45

Na introdução de sua obra sobre o direito das obrigações, Karl Larenz, logo após examinar os elementos essenciais da relação obrigacional (deveres de prestação e de conduta, crédito e responsabilidade patrimonial), desenvolve breve tópico intitulado “*a relação obrigação como um todo e como processo*” (*Derecho de obligaciones*, t. I. Trad.: Jaime Santos Briz. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1958. § 2.º, V, p. 37-41), de onde se extrai, por exemplo: “Neste sentido, a relação obrigacional compreenderá uma série de deveres de prestação e conduta, e além deles pode conter para uma ou outra das partes direitos de

formação (p. ex., um direito de denúncia ou um direito de opção) ou outras ‘situações jurídicas’ (p. ex., competência para receber uma denúncia). É, pois, um conjunto não de fatos ou de acontecimentos do mundo exterior perceptível pelos sentidos, mas de ‘consequências jurídicas’, é dizer, daquelas relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica” (p. 37 – tradução livre).

---

46

“Com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. (...) A obrigação, vista como processo, compõem-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação. Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20-21). Concebida como tese de concurso de cátedra em 1964 para a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a monografia foi publicada, em 1976, pela editora Bushastski. Utilizamos, aqui, reedição do ano de 2006.

---

47

“Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter o sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de ‘orgânico’, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente” (SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*, p. 20).

---

48

A respeito, vale conferir o excelente resumo de Judith Martins-Costa: *Comentários...*, vol. V, t. II, p. 20-76. O seguinte trecho bem sintetiza a ideia: “Vimos aqui acentuadamente reiterando que a relação obrigacional desenvolve-se como um processo, polarizado pelo seu adimplemento, que é o fim que a dinamiza e atrai. O fim da relação obrigacional é a satisfação dos interesses de ambas as partes envolvidas na relação, que, por esta razão, devem, no curso da relação, e mesmo antes de formado o vínculo – se se tratar de relações contratuais –, adotar comportamento tendo em vista o fim que as aproximou, relacionando-as. Assim sendo, mais do que a mera ‘soma’ de seus elementos principais (o crédito e o débito), a relação configura, quando visualizada internamente, uma totalidade de direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes formativos, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções que não são, de modo algum, fixos e imutáveis, podendo vir a sofrer os reflexos da ação do tempo e das circunstâncias que conformam concretamente o entorno no qual desenvolvida a relação” (p. 48).

---

49

“É certo que constituem aspectos diferentes, assinalando momentos distintos, o poder de exigir a

prestação, por um lado, e a acção creditória, por outro, como distintos desta são os vários poderes de que goza o credor, para tutela do seu direito, antes de recorrer à acção executiva. A própria acção creditória pode, como é sabido, revestir diferentes configurações, ter objetos diferentes em momentos sucessivos (...). Nenhuma dessas circunstâncias impede, porém, que o poder de exigir a prestação e a acção creditória sejam, com a relação instrumental que as une, peças *integrantes* do mesmo sistema. Todas as diversas facetas que revestem o poder do credor e, correlativamente, o dever do obrigado são elementos do mesmo *processo*, parcelas da mesma *unidade global*, moléculas do mesmo *corpo* ou *organismos*, a que Larenz, Esser e outros autores reconduzem figurativamente a relação obrigacional. A dificuldade que muitos autores experimentam para reconduzir todos aqueles elementos (nomeadamente o poder de exigir a prestação e a acção creditória) à mesma unidade conceitual, que é a obrigação, provém da tendência generalizada para se considerar esta como uma relação *una* ou *simples*, e não como relação *complexa* que ela pode ser, ou como um verdadeiro *processo* que se desenvolve no tempo. Todavia, só a concepção *unitária* da relação creditória se mostra capaz de retratar aquilo que se poderá chamar a *unidade ontológica* da obrigação, através das diversas vicissitudes a que o vínculo obrigacional está sujeito – unidade que se reflete em múltiplos aspectos do regime da relação” (*Das obrigações em geral*, p. 116-117).

---

50

*Comentários...*, vol. V, t. II, p. 19-20.

---

51

“Compreendemos que a obrigação é fenômeno mais amplo que abrange a responsabilidade. A obrigação é um processo dinâmico que se desenrola com o fim único: o adimplemento da prestação principal. Mas esse processo caracteriza-se por contar com uma sucessão de situações jurídicas de direito/poder/dever/ônus/sujeição etc. e, dentre elas, o dever jurídico e a responsabilidade. A obrigação abrange o dever jurídico principal e a responsabilidade, etapas do seu itinerário. Descumprido o dever, e configurado o inadimplemento, surge a responsabilidade, estado de sujeição do patrimônio do devedor/terceiro, ou, eventualmente, de sua vontade/liberdade, ao cumprimento da prestação. As teorias unitarista e dualista são formas distintas de descrever um mesmo fenômeno. A concepção dualista visualiza dever e responsabilidade como elementos distintos, sem perceber que integram um mesmo processo obrigacional. A visão unitarista, que parte da percepção dinâmica da obrigação, acentua o vínculo entre a responsabilidade e o dever: uma é sanção ao descumprimento de outro” (A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial. *Scientia Iuris*, vol. 13. Londrina: UEL, 2009. p. 203-204).

---

52

Para um breve resumo das conclusões a que chegou Carnelutti sobre a responsabilidade, mantidas mais de trinta anos depois, conferir o seu: *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. n. 196, p. 314-315. Vale, ainda, a leitura da excelente síntese que fez Alfredo Buzaid: *Do concurso de credores...*, n. 8-13, p. 19-24.

---

53

“A obrigação do devedor, como a obrigação do *non dominus*, é um corpo simples, não um corpo composto. A proposição: *obrigação (do devedor) = débito + responsabilidade* é uma receita de alquimia, não uma fórmula química. Isso não quer dizer que a responsabilidade não exista como figura própria; ninguém é mais convencido, que eu não seja, não apenas de sua existência, quanto de seu sumo valor teórico; mas

para encontra-la, é preciso procurar *fora da obrigação, não dentro desta*. Enquanto os juristas se empenharem a considerá-la como um elemento da obrigação, são condenados a vagar no labirinto!” (Diritto e processo nella..., p. 271 – tradução livre).

---

54

“Basta que seja esclarecido o titular do poder ao qual subjaz o responsável. Este poder pertence ao Estado. O Estado, na verdade, não o credor, tem o poder de proceder à execução. Portanto, a assim chamada expectativa de satisfação (se a satisfação distinta da prestação se obtém mediante a execução) diz respeito ao Estado, não ao devedor; é, em suma, nada além de um reflexo, ao invés de um duplicar, da ação executiva. Portanto a responsabilidade é uma sujeição *ao Estado*, não *ao credor*; ao credor o devedor *deve*; ao Estado é *sujeitado*; ao direito daquele corresponde a *obrigação*; ao poder deste, um *status subjectionis* (...). Agora sim a distância entre débito e responsabilidade é restabelecida. Tal distância que é metade do limite entre direito privado e direito público; na verdade, se a responsabilidade é sujeição ao poder do Estado, estamos sobre o terreno do direito público. Mais precisamente, os limites entre o direito material e o direito processual; na verdade, se a execução é, como eu creio, uma clara função processual, também a sujeição correlativa do devedor é uma sujeição processual” (Diritto e processo nella..., p. 323-324 – tradução livre).

---

55

“Assim o *direito de agressão contra os bens do devedor*, do qual fala Pacchioni, ou o *direito de garantia sobre aqueles bens*, do qual se fala comumente (...), se resolve, *da parte do credor*, na ação executiva. De fato não é outro que não o *direito à atuação da sanção executiva*; ora, este direito não pode existir se não contra quem tem o poder ou a tarefa de fazer atuá-la” (Diritto e processo nella..., p. 289 – tradução livre).

---

56

Vejamos o que escreveu Carnelutti na última de suas obras dedicadas ao processo civil, em trecho que sintetiza a ideia: “Isto de que o juiz, para levar a cabo a execução, dever-se servir de coisas diversas das coisas devidas, que, portanto, têm, no processo executivo uma posição instrumental, é uma indicação que compromete a solução de problemas técnicos de notável importância. É claro que de coisas não devidas o juiz não poderia servir-se senão fossem objeto de uma potestade sua; e posto que à potestade do juiz corresponde a sujeição da parte, é claro que em torno da obrigação do devedor se delineia, à maneira de auréola, uma sujeição, cujo âmbito é muito mais extenso. Assim se coloca hoje um problema que tem fatigado por largo tempo a ciência do direito; os juristas costumam indica-lo com a fórmula da distinção do *débito* a respeito da *responsabilidade*; quando o problema aflorou, se falava, em termos romanísticos, de *debitum* e de *obligatio*, a história a este respeito é muito conhecida; atualmente, se pode dizer que as dificuldades restaram superadas desde o momento em que se compreendeu que débito e responsabilidade não são elementos de uma mesma relação, ou seja, da relação entre devedor e credor, senão duas relações distintas, a primeira das quais tem caráter material e a segunda caráter processual; a responsabilidade não é uma obrigação, mas uma sujeição, e a relação corre não entre o devedor e o credor senão entre o devedor e o juiz. Para maior precisão, à responsabilidade do credor corresponde a ação (executória) do credor; há, pois, em última análise, também a este respeito uma relação entre as partes, mas mediata, através do juiz, no sentido de que a ação se dirige ao juiz e a responsabilidade se coloca frente a ele” (Diritto e processo, p. 314-315 – tradução livre).

---

Para um breve panorama da doutrina italiana e das diversas correntes que ali se formaram, bem como dos argumentos por elas sustentados, consultar, com grande proveito: BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1996. n. 5, p. 11-15.

---

A tese é excelentemente desenvolvida em: *Contributo alla teoria del pignoramento*. Padova: Cedam, 1936. n. 46, p. 255-262. Vale a transcrição do seguinte trecho: “A afirmação de que a sanção executiva tem caráter puramente processual não constitui, portanto, uma desejada invasão do campo substancial por parte dos processualistas, mas uma consequência lógica do fato de que se trata de uma sanção...executiva” (nota n. 3, p. 257).

---

“Em última análise, considerar a responsabilidade patrimonial como um perfil objetivo e subjetivo da execução forçada, e não como uma relação jurídica em si própria, evita duplicações conceituais, e contribui à clareza da sistematização da delicada matéria (...)” (*L'esecuzione forzata*, p. 15 – tradução livre).

---

A responsabilidade executiva mereceu papel de destaque em clássica monografia de Liebman, no capítulo no qual tratou do título executivo e desenvolveu sua conhecida teoria da condenação como aplicação da sanção: *Embargos do executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. cap. IV, n. 63-87, p. 93-148 (esp. n. 68-72 e 84-87). Vale, ainda, conferir, o que escreveu Liebman em livro voltado ao direito brasileiro: *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. n. 14, p. 32-38.

---

“O erro das doutrinas privatistas é de querer construir com materiais tirados exclusivamente do direito privado uma série de atividades e relações em que autoridade soberana do poder público intervém necessariamente, em exercício de poderes que lhe pertencem em caráter privativo para cumprir sua missão de guardião e defensor do direito. A sanção não é elemento da relação jurídica privada. Titular do poder sancionatório é o Estado, como elemento integrante da sua soberania. Só ignorando deliberadamente a participação do órgão estatal e o papel que lhe cabe no processo de execução, papel de todos os pontos de vista decisivo e insubstituível, é que se pode pretender localizar no direito do credor o poder de invadir a esfera jurídica do devedor: seria, pois, querer construir a teoria do processo sem levar em conta a existência do juiz! Essa construção é evidentemente artificial e unilateral, pois reduz o órgão público a mero instrumento passivo e impessoal do direito do credor, enquanto, bem ao contrário, ele age como titular da função jurisdicional, da qual é orgânica, originária e permanentemente investido” (*Processo de execução*, p. 36-37).

---

“Ação executória e responsabilidade executória contrapõem-se exatamente: ambas são elemento da relação sancionadora, relação trilateral em que o Estado ocupa posição central, como titular do poder de realizar a sanção” (*Processo de execução*, p. 37-38).

---

“Arrebatado, com efeito, ao particular o direito de empregar a coação sobre o obrigado, concede-lhe o ordenamento jurídico, em compensação, um poder de disposição sobre a coação do Estado, isto é, o poder de promover a atuação da sanção executiva por obra dos órgãos judiciais. Inversamente, o obrigado encontra-se, em virtude dêsse numa condição especial de submissão à sanção executiva. É justamente o título executivo (a que reconheci a qualificação de *portador da sanção*) que aparece como fonte, tanto do poder de dispor da sanção quanto do estado de submissão a ela” (*Embargos do executado*, p. 143).

---

Na literatura portuguesa, destacam-se as lições de José Alberto dos Reis, que acolheu *in totum* a tese de Liebman. O tema é muito bem desenvolvido, com críticas às demais noções de responsabilidade, em: *Processo de execução*, vol. 1. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1982. n. 1-10, p. 1-22. Ao final, assim conclui o grande processualista: “É tempo de responder directamente à pergunta formulada no começo deste capítulo: que direito se faz valer por meio do processo executivo, o que é que se actua através da execução? Actua-se a *sanção* contida na sentença de condenação ou que a lei considera integrada no título negocial; e actua-se mediante o exercício do direito de execução, que é, como já frisámos, um direito processual, e não um direito material” (p. 22).

---

“Esta polémica, viva, brilhante e entusiástica, na qual porfiaram inteligências penetrantes e talentos de escol, não conseguiu, contudo, alcançar resultados plenamente satisfatórios. A discussão em torno do conceito de obrigação se enterreirou exclusivamente no campo do direito civil e as doutrinas procuram explicar o fenómeno da responsabilidade como um aspecto do direito de crédito, não como uma realidade processual. O êrro dessa concepção nitidamente privatística foi considerar a sanção como elemento da relação jurídica obrigacional, quando ela é a expressão do poder soberano do Estado. O direito de excutir os bens do devedor não é o lado passivo da obrigação, antes um poder do Estado. Justificava-se a doutrina privatística para o direito histórico de Roma, como para o de outros povos em seu estado primitivo de civilização, porque o exercício da *manus injectio* era a êsse tempo a manifestação do direito de crédito; não, porém, para o direito moderno, que atribuiu ao Estado a competência para realizar a justiça, dispor do patrimônio do devedor, e, com êle ou com seu produto, satisfazer aos credores. Outro defeito dessa doutrina foi o de não estremar com clareza a linha divisória entre o direito material e o direito processual, inserindo naqueles conceitos que são peculiares deste” (*Do concurso de credores...*, p. 17-18).

---

“Não se deve confundir o débito, ou obrigação, com responsabilidade processual. A obrigação, ou débito, se estabelece entre o credor e o devedor, tendo por objeto um bem determinado, atual, ao passo que a responsabilidade surge entre o devedor e o juiz, tendo por objeto bens indeterminados, presentes e



futuros. (...) A responsabilidade não se confunde com a obrigação, apreciável pelos critérios do direito privado, sim é uma sujeição jurisdicional apreciável pelos critérios de direito processual” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII. São Paulo: Ed. RT, 1974. p. 67-68).

---

68

“A obrigação, como dívida, é objeto do direito material. A responsabilidade, como sujeição dos bens do devedor à sanção, que atua pela submissão à expropriação executiva, é uma noção absolutamente processual” (*Processo de execução e cumprimento de sentença*. 26. ed. São Paulo: Leud, 2009. p. 162).

---

69

“Na estrutura da norma jurídica individualizada de natureza creditícia pode-se identificar: (a) no enunciado da endonorma, um sujeito (devedor) obrigado a entregar a outro (credor) uma determinada prestação; (b) no enunciado da perinorma, o Estado-juiz com o poder-dever de fazer atuar coativamente sobre determinados bens a sanção prevista para o não atendimento do preceito endonormativo. Da relação que existe entre os figurantes da endonorma (credor e devedor) nasce o débito, ou seja, o dever de prestar; e, da relação que se estabelece entre o Estado e o sujeito sobre cujo patrimônio recai a sanção jurídica, nasce a responsabilidade, ou seja, a sujeição dos bens ao atendimento coativo da prestação. (...) Acertada, portanto, ao contrário do que afirma certa corrente doutrinária, a preocupação de disciplinar, em capítulo do Código de Processo, o tema da responsabilidade patrimonial. Trata-se, com efeito, de instituto de natureza processual, cuja invocação e atuação é desencadeada em decorrência da crise que se estabelece pelo não cumprimento espontâneo da obrigação e pela conseqüente necessidade do recurso à tutela coativa do Estado” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 8. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 260-261).

---

70

Fundamentalmente em: *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. n. 154-155, p. 259-262; Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 845, p. 1474-1477; e *Instituições...*, vol. IV, n. 1523, p. 353-355.

---

71

“O nexó que existe entre responsabilidade e obrigação é de instrumentalidade, tanto quanto o processo é instrumento do direito substancial. A responsabilidade patrimonial é instituída pela ordem jurídica com o escopo de propiciar a realização de direitos e obrigações pela via da execução forçada” (*Execução civil*, p. 260-261).

---

72

*Instituições de direito processual civil*, vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. n. 1151-1152, p. 78-80; e *Manual de direito processual civil*, vol. IV. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. n. 764, p. 41-43.

---

73

*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 409.

---

74

*Manual de execução civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 68-69.

---

75

*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 230.

---

76

*O processo de execução*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 7-8.

---

77

Neste sentido, é o que escreve Pontes de Miranda: “A obrigação não é nem nunca foi vínculo da pessoa. Sempre foi obrigação de ato, vínculo a praticar ato, positivo ou negativo. A *manus iniectio* era modo de execução, não elemento necessário na definição da obrigação. O que é grave é que, ainda hoje, grande parte da doutrina raciocina como se a obrigação fosse vínculo da pessoa; outra, como se a êle houvesse sucedido a vinculação do patrimônio. A *bonorum venditio*, que veio após a *manus iniectio*, não justifica que se pense em vínculo do patrimônio. (...) A evolução que se operou foi no tocante ao *modo de execução*, e não quanto ao *objeto* da obrigação” (*Tratado...*, t. XXII, p. 23).

---

78

Segundo ensina Dinamarco, tal característica decorre de opção política do legislador, em razão da forte indisponibilidade dos direitos envolvidos. De toda sorte, demonstra o professor paulista que tais direitos preexistem ao processo, muito embora não possam sem ele atuar-se praticamente. Desaparece, destarte, o caráter substitutivo da atuação jurisdicional. A este respeito ver, por todos: *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. n. 28.5, p. 242-246.

---

79

“O tema da *responsabilidade patrimonial* associa-se intimamente ao dessas atividades realizadas pelo Estado-juiz no exercício da jurisdição, não se confundindo com a problemática jurídico substancial da determinação da existência, inexistência, conteúdo ou objeto dos direitos e obrigações. Quais bens são suscetíveis de serem apreendidos, entregues, penhorados, adjudicados, alienados em hasta pública *etc.*, independente da vontade do titular, com o objetivo de produzir o mesmo resultado econômico e prático que o cumprimento da obrigação teria produzido? Eis o núcleo da problemática inerente ao tema da responsabilidade patrimonial e a visão desta como uma dinâmica operacional referente à efetivação dos direitos por via executiva” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 354-355).

---

80

Vale a leitura do que escreve Tito Carnacini: “Não consigo, na verdade, compreender como se insista em atribuir um direito sobre os bens ao credor, quando este último é unicamente legitimado a estimular a

atuação do procedimento de sanção (o de seus lembrados meios instrumentais), enquanto todo o resto, incluído o fato de que existe uma transferência final a favor do próprio credor, se enquadra precisamente na estrutura da sanção” (*Contributo...*, p. 257 – tradução livre).

---

81

“Conforme precisamente escreve Satta, a responsabilidade patrimonial não comporta nenhum direito sobre os bens do devedor, mas lhe assegura a possibilidade de sujeita-lo à execução” (CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, p. 24). No mesmo sentido, ainda: CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo nella...*, nota n. 1, p. 289-290; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários...*, vol. VI, p. 411; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, p. 73.

---

82

“Os bens do executado são utilizados de forma diferente, conforme o meio executivo a que se recorre e a espécie de execução que se realiza. Se a coisa apreendida é propriamente a coisa devida, a execução se consuma com a entrega da mesma ao exequente. Podemos dizer então que ela constitui objeto *final* da execução. Ao contrário, se a coisa devida não é encontrada e se apreendem bens outros, para transformá-los em dinheiro (liquidação) e entregar este ao exequente, as coisas apreendidas constituem objeto *instrumental* da execução. A possibilidade de submeter à execução, como objeto instrumental, bens diferentes dos efetivamente devidos ilustra bem a distinção entre obrigação e responsabilidade: objeto da primeira é a coisa ou o *genus* devido, objeto da segunda é o patrimônio do executado em sua totalidade” (*Processo de execução*, p. 100).

---

83

Foi exatamente o que analisou Carnelutti no estudo aqui tantas vezes mencionado: “(...) creio que seja oportuno encarar a distinção, geralmente considerada apenas do lado passivo, também em seu perfil ativo, contrapondo como de um lado o *débito* à *responsabilidade*, assim do outro ao *crédito* aquilo que constitui o lado ativo da *responsabilidade* e eu devo chamar a *ação do credor*” (*Diritto e processo nella...*, p. 227 – tradução livre).

---

84

No mesmo sentido, é o que escreve Caterina Miraglia, embora afirme, na sequência, que o art. 2.740 do Código Civil italiano (equivalente ao art. 591 de nosso Código de Processo Civil) contém preceito de direito material. Vejamos: “Do ponto de vista estrutural, a responsabilidade patrimonial consiste em um típico instrumento processual, porque se resolve do lado ativo na ação executiva do credor, e do lado passivo em um estado de sujeição do devedor. Isto não significa, porém, que a norma do art. 2.740 c.c. tenha natureza processual, porque essa, ao criar o instrumento idôneo a assegurar a realização do interesse tutelado e atribuir a disponibilidade ao credor, contém um preceito material” (*Responsabilità patrimoniale. Enciclopedia giuridica*, vol. XXX. Roma: Treccani, 2007. p. 11 – tradução livre).

---

85

*Das obrigações em geral*, p. 111.

---

“A concepção dualista teve o mérito de chamar a atenção para a importância do momento ‘responsabilidade’ na relação obrigacional, que era geralmente negligenciado, mas opera nesta uma artificial cisão, o que é inaceitável. No fundo, a teoria tem com pressuposto uma independência do direito de ação em relação ao direito substancial, que nos parece não ter justificação, não obstante estar muito em voga entre os processualistas” (*Direito das obrigações*, vol. 1, p. 139).

---

“Toda relação obrigacional, em geral, cria *desde o seu surgimento*, do lado ativo, uma expectativa de satisfação, sob forma de garantia sobre o corpo ou sobre o patrimônio do obrigado, do lado passivo uma responsabilidade. E precisamente como expectativa de satisfação, de um lado, como responsabilidade, do outro, a obrigação constitui (...) a *razão* (ativa e passiva) da ação de condenação e de execução forçada” (Il concetto della obbligazione..., p. 75 – tradução livre).

---

“Há, portanto, responsabilidade patrimonial e responsabilidade processual. Errôneo afirmar-se com Carnelutti e outros que a responsabilidade patrimonial, imanente a toda *obligatio*, é apenas de Direito Processual. Por existir prestação exigível e para satisfazê-la é que os bens do devedor respondem pela obrigação. Como inadimplemento do devedor e a propositura da ação executiva pelo credor, forma-se a relação processual executiva, quando então, por força da responsabilidade material do sujeito passivo da obrigação, o patrimônio do devedor se torna objeto de atos expropriatórios. A responsabilidade processual transforma a abstrata vinculação dos bens do devedor à *obligatio* assumida, na vinculação prática e concreta que se traduz nos atos coativos e expropriatórios da execução forçada” (*Manual...*, vol. 4, p. 42). Ou, ainda: “Da responsabilidade obrigacional, distingue-se a responsabilidade instrumental ou responsabilidade executória. Se a ação executória é o meio e modo para o credor procurar o cumprimento coativo da sanção, – também a responsabilidade executória é o meio e modo de se sujeitar o patrimônio do devedor a responder pelo cumprimento da obrigação secundária que constitui a *sanctio iuris*” (*Instituições...*, vol. V, p. 79-80).

---

“Particularmente, com o devido respeito, contrariando grandes processualistas que se debruçaram sobre o estudo do processo de execução, acreditamos que na relação obrigacional, além do dever de cumprimento da obrigação, há também a responsabilidade patrimonial que vincula os bens do devedor para garantir o direito do credor à custa desses bens. Portanto, seria uma situação jurídica subjetiva de expectativa de vantagem em favor do credor de satisfazer o seu crédito sobre os bens do devedor, caso este seja inadimplente. Deixa de ser uma expectativa e passa a ser um direito se e quando o adimplemento não acontece. Há, portanto, poder e sujeição (mesmo como situação jurídica subjetiva de expectativa), nascidos do próprio direito obrigacional, mas que só perdem a condição de ‘expectativa’ e passam à condição de ‘direito e sujeição’ quando, ocorrido o inadimplemento, o credor reclama a atuação estatal, que substitui a vontade das partes, atuando a norma jurídica concreta” (*Manual de execução civil*, p. 68).

---

Nesses casos, explica Betti que quanto ao objeto e ao credor, o imperativo primário e o sancionatório são

idênticos, não obstante varie a pessoa que realiza a prestação: lá, o devedor; aqui, um terceiro, em atividade sub-rogatória (Il concetto della obbligazione..., p. 121-122).

---

91

Assim, por exemplo, Leonardo Greco, que, ao defender a natureza material da responsabilidade patrimonial, anota que “a atuação da sanção, através do processo, não é a própria sanção, porque o credor pode obter a sua realização por outros meios, que não o próprio processo. As sanções tipicamente processuais são as que emergem da relação jurídica processual em si mesma considerada, como os encargos da sucumbência e as *astreintes* endoprocessuais” (*O processo de execução*, vol. II, nota n. 8, p. 8). É, ainda, a opinião de Edson Ribas Malachini, que, ao se referir ao pensamento de Liebman, afirma que “aí se confunde a *sanção* propriamente dita, elemento da norma de direito substancial, com sua ‘aplicação’, ‘atuação’ ou ‘realização’, essas sim objeto do direito processual” (Sentença condenatória. Responsabilidade. Direitos reais de garantia. *Questões sobre a execução e os embargos do devedor*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 16).

---

92

“Quando se afirma que o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores, isto não quer dizer, adverte Hellwig, que o credor tenha sobre o referido patrimônio um poder de *direito privado*. Sob o ponto de vista do direito substantivo, o credor só tem o direito à prestação do devedor; o direito de exigir a prestação à custa do patrimônio do devedor mediante a acção dos funcionários executivos é um direito *processual* que surge, em razão do crédito, sobre a base da condenação, mas é tão pouco idêntico do direito substancial à prestação quanto ao direito de acção é idêntico ao direito de crédito ao serviço do qual a acção é proposta” (REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*, vol. 1, p. 12).

---

93

*Contributo...*, p. 257.

---

94

É o que, expressamente, afirma Emilio Betti em tópico denominado “a idoneidade à realização forçada, como característica imanente da obrigação” (Il concetto della obbligazione..., n. 12, p. 71-79). O seguinte trecho resume bem a ideia: “A atitude à execução, a idoneidade a ser realizada – em uma palavra, a *realizabilidade* – não é algo de puro fato, indiferente à obrigação ‘in si’ – como a concebia Windscheid. Ao contrário essa – e não somente a realizabilidade por meio da execução voluntária (espontânea ou coativa), mas também, e sobretudo, a realizabilidade por meio da verdadeira e própria execução forçada é imanente à obrigação como tal” (p. 74 – tradução livre).

---

95

“Poderá parecer que, deste modo, a relação de direito material, considerada isoladamente, não proporciona a seu titular nenhum meio para reagir contra a falta de adimplemento. Mas o erro está justamente em considerá-la isolada e só, e pretender ao mesmo tempo encontrar nela os indispensáveis remédios coativos. Toda relação nasce e vive mergulhada na ordem jurídica, a qual dispõe dos aparelhos coativos necessários. Se a obrigação deixou de ser cumprida, o credor disporá de outro direito (a ação),

cujo exercício provocará o emprego da coação por parte do órgão público competente” (*Processo de execução*, p. 37).

---

96

O argumento é desenvolvido em: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, n. 68-69, p. 104-109. Vale a leitura do seguinte trecho: “A doutrina moderna agasalhou amplamente o conceito de autonomia da ação, a qual não faz parte do direito subjetivo e não se lhe pode confundir. Mas assim se chega logicamente à conclusão de que a relação obrigacional tem, logo após o inadimplemento, por conteúdo exclusivo a prestação do obrigado, conteúdo por si mesmo incoercível, porque não pode, quando permanece insatisfeito, realizar-se, só, em face resistência do devedor. Não assiste, com efeito, ao credor a faculdade de praticar ato algum para obter pela força o que lhe é devido. Pode êle, é certo, agir em juízo, mas nisto precisamente consiste o exercício do poder autônomo de ação: a quem consente nesta autonomia não é lícito considerar a possibilidade de agir em juízo também como elemento do direito subjetivo substancial. Por isso, entre o direito à prestação e a ação não há espaço para um direito substancial à sanção, nem para uma atitude agressiva, do direito subjetivo: ou se pretende conseguir a prestação do obrigado disposto a satisfazer voluntariamente, ou se pretende consegui-la através do processo; terceiro caminho é que não existe, e é perfeitamente imaginário o direito que se lhe quer fazer corresponder” (p. 106-108).

---

97

“Qualquer esforço para construir um *direito substancial à sanção*, como um *quid medium* entre o direito do credor e a ação executiva, é vão. No fundo, são todas criações análogas: pretensão, direito à tutela, direito à sanção; todas variações de um mesmo erro. Se fala de ‘poder no qual se subjetiva, do lado ativo, a sanção’ (...); mas assim ou se alude ao poder de pretender o adimplemento da obrigação sob a ameaça da sanção, e este é o direito do credor contra o devedor à prestação da coisa ou do fato devido; ou se considera o poder de pretender a atuação das sanções e este outro, em quanto se trate da sanção executiva, é o direito do credor contra o órgão da execução, isto é, a ação executiva. *Tertium non datur*” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo nella...*, p. 289 – tradução livre).

---

98

O tema é recorrente na obra do autor. Em outro estudo, diferencia os dispositivos *bifrontes* dos chamados *heterotópicos*: “A expressão norma heterotópica é uma combinação do grego héteros, que transmite a ideia de diverso, outro, diferente, desigual, com o também grego topikòs, relativo a lugar. Da decomposição ultimada, tem-se que deve ser considerada como regra heterotópica a norma que está deslocada, ou seja, está em diferente (héteros) lugar (topikòs). Isso significa que quando o diploma legal for de índole material – como é o caso do Código Civil – e constar um dispositivo de caráter eminentemente processual, este terá natureza heterotópica, já que difere na essência dos demais artigos da legislação, estando, sob tal enfoque, deslocado. Todavia, nem sempre há uma transparência tão clara quanto à carga que é impregnada no dispositivo, sendo possível lhe extrair (simultaneamente) efeitos materiais e processuais. Neste tipo de norma o deslocamento não é total, já que há no seu núcleo um caráter híbrido que permite, ao menos em parte, a localização do dispositivo naquele diploma específico. A este tipo de regra com dupla faceta (material e processual), chamamos de normas bifrontes” (*Algumas notas sobre o (‘dispensável’) art. 232 do Código Civil*. Disponível em: [www.mmp.adv.br/artigos/Notas\_Dispensavel\_art.232doCC-02.pdf] Acesso em: 14.03.2014. Nota n. 10, p. 3.

---

“Observe-se que há uma zona híbrida, mesmo que com cargas não iguais, de direito material e direito processual quando se fala em responsabilidade patrimonial. Tanto assim que o tema acaba sendo tratado simultaneamente pelo Código Civil (art. 391 – Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor), pelo Código de Processo Civil em vigor (art. 591 – O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei) e pelo Projeto (art. 805 – O devedor responde com todos seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei). Destaque-se que há na doutrina grande discussão acerca da natureza da responsabilidade patrimonial, a fim de pontuá-la como instituto de direito material ou de direito processual, buscando visualizar a figura de uma forma pura, ou seja, com a sua delimitação exclusiva no campo processual ou no âmbito material. Tal linha de raciocínio, com todo respeito, não nos parece possível, pois pensamos existir carga híbrida de direito material e de direito processual na responsabilidade patrimonial, sendo, pois, um instituto bifronte, conforme adiante exposto – ainda que brevemente – no corpo do texto” (Observações sobre a penhora envolvendo o direito de superfície (e outros direitos reais imobiliários) no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 228. São Paulo: Ed. RT, 2014. nota n. 28, p.173-174).

---

Art. 807. Se a execução tiver por objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário, responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado, recaindo a penhora ou outros atos de constrição exclusivamente sobre o terreno, no primeiro caso, ou sobre a construção ou plantação, no segundo caso.

---

“A leitura do art. 807 indica – isento de dúvidas – que em tal dispositivo o Projeto não tratou exclusivamente de direito processual, eis que o *caput* do artigo detém carga de direito material, tratando de tema que não foi (ao menos expressamente) regulado no Código Civil e no Estatuto da Cidade, qual seja, a fronteira de ‘responsabilidade patrimonial’ entre o proprietário do imóvel (fundeiro) e o superficiário no que se refere às dívidas vinculadas ao direito real respectivo” (Observações sobre a penhora envolvendo..., p. 173).

---

“Voltando ao art. 807 do texto projetado, percebe-se que o dispositivo comentado acaba por dispor (ou no mínimo esclarecer) que não há responsabilidade solidária do proprietário e do superficiário em relação às dívidas pessoais de cada um deles, mesmo que estas sejam decorrentes da própria concessão superficiária. Há clara divisão (obrigacional) na esfera patrimonial do proprietário e do superficiário, situação que denuncia que o art. 807 não é exclusivamente uma regra processual, sendo, pois, em verdade, dispositivo bifronte, isto é, regula (simultaneamente) tema de fundo material e processual, pois permite leitura que vai além do impedimento da penhora do direito real da contraparte da concessão superficiária” (Observações sobre a penhora envolvendo..., p. 176-177).

---

“A confusão parece concentrar-se no seguinte aspecto: é preciso distinguir as diversas funções que as regras sobre responsabilidade patrimonial podem exercer. Uma regra sobre responsabilidade patrimonial, ao determinar qual é o sujeito que deve responder pelo cumprimento da obrigação, é uma regra de Direito material. Cuida de regular o processo obrigacional, definindo as posições jurídicas que os sujeitos devem assumir em determinada relação jurídica. Serve ao órgão jurisdicional como diretriz para a tomada de suas decisões. É o Direito material que determina quem é o responsável pela obrigação. Uma norma de direito material é uma norma de decisão: serve para a solução do problema jurídico posto à apreciação do órgão jurisdicional. E as regras sobre responsabilidade patrimonial têm essa função. As regras que estabelecem limitações à responsabilidade patrimonial, impedindo que determinados bens sirvam à garantia da obrigação, são, porém, regras processuais, pois servem de controle ao exercício da função jurisdicional executiva. Uma regra é processual quando serve para definir o modo pelo qual o poder pode ser exercido. Ao impedir a penhora sobre determinado bem, a regra jurídica funciona como regra de Direito processual. Talvez seja essa a razão pela qual o CPC cuida da responsabilidade patrimonial e tantos processualistas entendam que o vínculo jurídico da responsabilidade tem natureza processual” (A obrigação como processo..., p. 204).

---

104

LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme processuali nel código civile. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

---

105

Para a transcrição do trecho da “Relazione”, ver: “Norme processuali...”, p. 157.

---

106

Norme processuali..., p. 157-158.

---

107

Idem, p. 159-160.

---

108

Idem, p. 169-170.

---

109

*A instrumentalidade do processo*, n. 28.1, p. 215-222; *Instituições de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001. n. 6, p. 43-46.

---

110

“Quando, porém, se passa das especulações abstratas para a observação das concretas situações de conflitos entre indivíduos ou grupos (*crises jurídicas*), percebe-se uma proximidade significativa entre certos institutos francamente processuais e a situação de direito substancial em relação à qual o processo



atuou ou deve atuar. Esses institutos – *ação, competência, fontes e ônus da prova, coisa julgada e responsabilidade patrimonial* – são responsáveis por situações que se configuram fora do processo e dizem respeito diretamente à vida das pessoas em sociedade, nas suas relações com as outras ou com os bens que lhes são úteis ou desejados; e só num segundo momento são objeto das técnicas do processo, a saber, quando um processo se instaura e então se pensa nas atividades a serem desenvolvidas para sua atuação” (*Instituições...*, vol. I, p. 44).

---

111

“A ação, a competência, a prova, a coisa julgada e a responsabilidade patrimonial recebendo do direito processual parte de sua disciplina (na sua técnica), mas também dizendo respeito a situações dos sujeitos fora do processo (às vezes, até antes dele), compõem um setor que a doutrina já denominou *direito processual material* (Chiovenda). Elas são, portanto, *institutos bifrontes*: só no processo aparecem de modo explícito em casos concretos, mas são integrados por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material e – o que é mais importante – de algum modo dizem respeito à própria vida dos sujeitos e suas relações entre si e com os bens da vida. Constituem *pontos de passagem* entre o direito e o processo, ou seja, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico (Calamandrei)” (*Instituições...*, vol. I, p. 44).

---

112

“Se ao longo de sua estrutura os dois planos do ordenamento jurídico se mantêm paralelos e afastados a boa distância, com separação razoavelmente nítida para os entendidos, em pelo menos três momentos eles se aproximam tanto, que alguma confusão é possível, gerando dúvidas e polêmicas a envolver ainda os mais preparados. Trata-se das *condições da ação*, da disciplina da *prova* e da *responsabilidade patrimonial*, pontos que pertencem efetivamente ao direito processual, mas onde tão grande é a influência do substancial, que vozes muito autorizadas chegam a iludir-se com as aparências e crer na pertinência a esse plano. Esses estrangulamentos significam, porém, somente que em alguns momentos a *natureza instrumental* fica mais sensível e vem à tona de modo mais agudo, a ponto de as normas e critérios do direito material, assim como as características da relação jurídica perante este, influenciarem com mais intensidade as soluções que o direito processual dispõe. É natural que todo o direito processual seja permeado dessa influência, posto que instrumento do direito material, mas o que se dá, nos casos indicados, é a exacerbação da influência e intensa contaminação do processual pelo substancial” (*A instrumentalidade do processo*, p. 215).

---

113

Neste ponto, concordamos com Flávio Luiz Yarshell para quem “não obstante a excelência de suas origens, refuta-se a existência de um ‘direito processual material’. Se há normas processuais geradoras de situações ‘exteriores’ ao processo, isso se explica porque não se pode entender aquela categoria como em oposição à outra, que exclusivamente regularia os ‘bens da vida’ (as normas materiais). Então, ao invés de se buscar a distinção entre normas processuais ‘materiais’ e ‘formais’, é mais correto buscar um conceito adequado e único. Não há formalismo ou exagero na posição assim assumida. Pelo contrário, a concepção de um direito processual material parece equivocada porque fundada na premissa de que norma processual não regularia ‘bens da vida’” (*Curso de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 40-41).

---

Interessante notar que o próprio Clóvis do Couto e Silva, muito embora não diga expressamente o que afirmamos no texto, em capítulo destinado ao “desenvolvimento do vínculo obrigacional” (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 115-166), no qual descreve os diversos momentos pelos quais passa cada espécie de obrigação, trata de situações nitidamente processuais. Assim, por exemplo, quando debate a possibilidade de “ação direta de adimplemento nas obrigações de dar” (p. 118-119), ou, ainda, quando fala da “execução específica” das obrigações de prestar declaração de vontade mediante sentença judicial (p. 132-133).

Assim, por exemplo: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 94-95; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, vol. I. 3. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. n. 95, p. 58-59; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 60; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, vol. 1. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 121; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 18-19.

É essa a vitoriosa tese de Cândido Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*), que identificou, na jurisdição – e no processo, enquanto instrumento desta –, não apenas um *escopo jurídico* (atuação do direito), mas *escopos políticos* (participação) e *sociais* (educação e pacificação), sendo este último o principal deles. De toda sorte, como indicado no texto, o autor é claro em afirmar que a proteção dos direitos é, senão a única, uma das finalidades do direito processual: “Embora seja o direito uma ciência normativa e portanto *social*, sendo social tudo quanto é jurídico, existe um modo de ver os fenômenos do direito exclusivamente como tais e pelo significado jurídico que têm, sem atentar à sua inserção na vida em sociedade. Tal é a visão estritamente jurídica que, enquanto aplicada ao estudo do processo e dos seus escopos, mostra-se insuficiente e estéril, clamando por complementações no plano político e no propriamente social. (...) Isso não significa, todavia, execrar a visão jurídica de um sistema que em si mesmo é jurídico” (p. 208 – destaques nossos).

De toda sorte, parece-nos pertinente a observação de Bedaque no sentido de que o objetivo imediato do processo é a atuação do direito material, sendo o alcance dos outros escopos consequência deste: “Parece que o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-los através de suas atividades. Pode-se afirmar que o escopo jurídico absorve o social e o político. (...) No escopo jurídico de atuação da vontade concreta da lei estão compreendidos os escopos social e político, que parecem muito mais ligados ao próprio direito material a ser atuado pelo juiz” (*Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 59-60).

---

“Enquanto o *direito substancial* é um sistema de normas voltadas a resolver conflitos de interesse contrapostos, determinando os interesses prevalentes através da previsão de poderes, deveres e faculdades, o *direito processual* é constituído, ao invés, de um sistema de normas que disciplinam mais ou menos complexos mecanismos (processos) voltados a garantir que a norma substancial seja atuada ainda na hipótese de falta de cooperação espontânea da parte de quem é devida. A primeira característica a evidenciar é, assim, a natureza instrumental do direito processual (enquanto voltado a intervir apenas quando a norma substancial não seja espontaneamente atuada) ou – o que em parte é o mesmo – a indispensabilidade do direito substancial para o direito processual (no sentido de que este último não teria sentido ou possibilidade de existência se faltasse um direito substancial (contudo, detectável) que colocasse normas a respeitar)” (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2006. p. 4 – tradução livre).

---

Sobre tal polêmica, é fundamental a leitura de texto de Cândido Dinamarco, em que expõe as ideias e argumentos desenvolvidos por defensores de cada uma das visões, adotando a perspectiva dualista: Direito e processo. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Assim coloca o autor os termos da questão: “(...) o *direito subjetivo nasce mediante o exercício da atividade desenvolvida no processo preexiste a ela?* A jurisdição é função criativa de direitos ou meramente cognitiva de direitos preexistentes? Preferir a primeira solução (o direito nasce do processo) é dizer que as normas jurídicas concretas se produzem mediante a soma de duas atividades do Estado, a legislativa e a jurisdicional; o direito subjetivo nasceria com o processo e com a sentença, antes dos quais não haveria senão *interesses relevantes para o direito*, interesses em conflito, mas direito subjetivo não. A norma que rege a *concreta* relação entre indivíduos dependeria, para existir, da atividade do juiz. A segunda solução significa que as atividades legislativa e jurisdicional, mediante as quais desempenha o Estado a sua função jurídica, distinguem-se nitidamente uma da outra. No plano legislativo são produzidos preceitos gerais e abstratos, que se tornam concretos e específicos (*i.e.*, que se *aplicam*) automaticamente, diante do ocorrer de um fato juridicamente relevante; e a função jurisdicional não consiste senão em declarar essa vontade concreta do ordenamento jurídico (*i.e.*, reconhece-la) e atuá-la praticamente” (p. 69-70).

---

Segundo aponta Dinamarco (“Direito e processo”, n. 23, p.74-75), muito embora Carnelutti não tenha dedicado monografia ou ensaio específico ao tema, é o que se extrai de sua ideia de *justa composição da lide*, em que apoia todo o seu sistema. De toda sorte, pode-se encontrar, em alguns dos escritos de Carnelutti, afirmações de tom claramente monista, como, por exemplo, o seguinte trecho, extraído de interessante artigo a respeito do direito de ação: “O problema da ação é, ao fundo, o problema das *relações entre o direito e o processo*. Quais são estas relações? *O processo serve ao direito e o direito serve ao processo*. Se não fosse o processo, o direito não poderia fazer-se; mas tampouco o processo, se não fosse o direito, poderia fazer-se. Detenhamo-nos um momento a considerar essas duas proposições. Se sabe hoje que o direito não consiste apenas na lei. Em confronto com o que dele se pensava no início do século passado, as nossas ideias foram profundamente modificadas. A lei não é mais que um produto jurídico imperfeito, o qual necessita para aperfeiçoar-se ou do acordo das partes ou da imposição do juiz. Se reconhece, portanto, hoje que, também nos seus efeitos puramente declarativos, o processo serve para formar o direito” (“Saggio di una teoria integrale dell’azione”. *Rivista di diritto processuale*, vol. I, parte I.

122

Assim conclui, Carnelutti, tópico denominado “critério de distinção entre o direito material e o direito processual” (*Diritto e processo nella...*, n. 3, p. 231-238): “Quando se trata de diagnosticar a natureza, material ou processual, de uma norma jurídica, aquilo que se necessita atentamente considerar é o ponto *se essa, ao lado do poder, constitui uma obrigação ou uma sujeição; e, quando verdadeiramente seja uma obrigação, se a obrigação seja imposta à parte ou a um órgão diverso das partes*. Todas as vezes nas quais uma verdadeira e própria obrigação da parte não se encontra, o campo do direito material é atravessado” (p. 238 – tradução livre).

---

123

“Verifica-se, pois, a necessidade premente de conscientização do processualista no sentido de que sua ciência, não obstante autônoma, só tem sentido de servir de maneira eficaz a seu objeto. Pode-se afirmar, mesmo, ser o direito substancial indispensável ao direito processual, que não existiria sozinho. Tal circunstância não o coloca, todavia, em situação de inferioridade, pois também não se pode conceber o direito material sem o instrumento para torna-lo efetivo. Existe evidente relação de interdependência entre os dois ramos do Direito” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo...*, p. 64-65).

---

124

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni...*, p. 5.

---

125

É esse, como se sabe, o argumento central da tese de doutoramento de José Roberto dos Santos Bedaque, cuja versão comercial foi logo acima citada (*Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*). Veja-se o seguinte trecho, que resume o que se quer dizer com dita “relativização”: “Todo trabalho científico deve ser elaborado em função de duas premissas básicas: visão crítica da situação e projeto de reforma. Com esta preocupação procurou-se desenvolver o tema da relativização do binômio direito-processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. Sustenta-se, aqui, que os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula. (...) Pretende-se, portanto, identificar alguns problemas existentes no âmbito do direito processual, com a apresentação de possíveis soluções. Sempre a partir das mesmas premissas: o excessivo distanciamento entre direito e processo gera inúmeros problemas, cujas soluções dependem basicamente da relativização do binômio” (p. 13-14).

## A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil

### PARTE II - A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

#### 6. A DIMENSÃO SUBJETIVA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

## 6. A DIMENSÃO SUBJETIVA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Como visto, a regra geral que se pode extrair do art. 789 do CPC/2015 é a de que *apenas os bens do devedor* estão sujeitos à responsabilidade patrimonial, o que decorre de imperativo de ordem econômica e ética: não faz sentido atingir, sem uma razão que o justifique, bens de um sujeito que não se vinculou à obrigação, seja no exercício da autonomia da vontade, seja em razão de ato ilícito ou, ainda, de enriquecimento sem causa.

Há, entretanto, situações excepcionais em que *bens de terceiro* – isto é: de sujeito não envolvido na relação obrigacional – também podem ser atingidos pelos atos executivos. Em termos teóricos, tais hipóteses têm a importância de demonstrar a autonomia da responsabilidade frente ao débito, justamente por deixar claro que podem eles recair sobre pessoas distintas.

Nestes casos, em que bens de terceiro – não devedor – podem ser alcançados pela execução, fala-se, por influência de Liebman,<sup>1</sup> em responsabilidade patrimonial *secundária*, em contraposição à *primária*, que é aquela que sujeita os bens do próprio devedor. Vale alertar que, todavia, ao contrário do que a expressão pode dar a entender, responsabilidade secundária não significa que a excussão dos bens do terceiro responsável será sempre residual ou subsidiária em relação à daqueles que pertencem ao devedor. Embora não seja o que ocorre na maior parte das situações, há casos em que os terceiros responsáveis podem ter seus bens expropriados diretamente, independentemente do que se passe com o devedor.

Neste capítulo, então, estudaremos os variados aspectos que a responsabilidade patrimonial pode apresentar em sua dimensão subjetiva, analisando regras que visam a concretizar a responsabilidade do próprio devedor, e as situações em que bens de terceiro podem se submeter à execução forçada.

#### 6.1. Responsabilidade patrimonial primária: o devedor

Em geral, como dito, apenas o patrimônio do devedor está sujeito à execução, regra em que estão incluídos os bens que, embora de sua propriedade, estejam “*em poder de terceiro*” (CPC/2015, art. 790, III). Assim, os bens do devedor, mesmo em posse ou detenção de outra pessoa, podem ser atingidos pela expropriação executiva a título de responsabilidade primária.

Ainda a respeito da responsabilidade do devedor, é interessante notar a inovação constante do art. 791 do CPC/2015,<sup>2</sup> que regula a excussão de área submetida a *direito de superfície*. Estabelece o dispositivo, em resumo, que caso o sujeito executado seja o proprietário da área, apenas o terreno sofrerá os atos de construção; por outro lado, caso seja o superficiário, a responsabilidade limitar-se-á à construção ou plantação. Com isso, fica garantido que *apenas o direito real de que é titular o executado* – o terreno, se for o proprietário; a construção ou plantação, se for o superficiário – será atingido pela execução.<sup>3</sup> Trata-se, destarte, de aplicação da regra geral, de que somente o devedor responde com seu patrimônio, sem atingir o de terceiros.<sup>4</sup>

Outra inovação do CPC/2015 que, como já mencionado, busca evitar que sejam atingidos direitos de terceiros, é aquela que consta do § 3.º do art. 862, segundo a qual, em casos de edifícios em construção, submetidos ao regime de incorporação imobiliária, “a penhora somente poderá

recair sobre as unidades imobiliárias ainda não comercializadas pelo incorporador”. Evita-se, assim, na esteira do que já fazia a Súmula 308 do STJ,<sup>5</sup> que os adquirentes de unidades autônomas tenham sua esfera jurídica atingida por débitos do incorporador.<sup>6</sup>

## 6.2. Responsabilidade patrimonial secundária: o terceiro responsável

Se, como visto, a regra é a de que apenas o patrimônio do devedor está sujeito à responsabilidade, há casos em que bens de terceiro – não devedor – também podem se sujeitar à expropriação executiva.

Estas hipóteses, como já ressaltado, configuram exceção à regra geral da responsabilidade patrimonial, e como tal devem ser interpretadas. Quer isso dizer que não se pode, em nome de se buscar maior efetividade à tutela executiva, estender a responsabilidade para bens de terceiros fora das hipóteses em que a lei o autoriza. Apenas, assim, quando se estiver diante de alguma daquelas figuras em que há previsão legal de responsabilidade secundária é que se pode pensar na excussão de bens de quem não seja devedor.<sup>7</sup> É necessário, ainda, que sejam observados os requisitos processuais exigidos para que fique configurada a responsabilidade destes sujeitos.

Passaremos, agora, a analisar alguns dos casos de responsabilidade de terceiros, especialmente aqueles que se extraem do Código de Processo Civil. Antes, porém, é importante fazer breve esclarecimento em relação à posição que estes responsáveis secundários devem ocupar frente ao processo de execução, e as formas pelas quais podem exercer o contraditório, tema que é objeto de certa confusão na doutrina e na jurisprudência.

### 6.2.1. O terceiro responsável, a relação processual executiva e a garantia do contraditório

Conhecido, a este respeito, é o pensamento de Enrico Tullio Liebman, que considerava que os sujeitos secundariamente responsáveis seriam *terceiros*, e não partes do processo de execução, apesar de suportar os seus efeitos. Poderiam, então, se defender por meio dos *embargos de terceiro* em caso de injusta apreensão de seus bens.<sup>8</sup> Como seria de se esperar, tais lições influenciaram parcela relevante da doutrina brasileira.<sup>9</sup>

Mais recentemente, todavia, tal posição vem sendo, com razão, criticada.<sup>10</sup> Tratar como terceiros os responsáveis secundários é levar em consideração, equivocadamente, a posição do sujeito quanto à relação de direito material subjacente à execução. Não há dúvidas de que, no que diz respeito à relação obrigacional, o responsável secundário é terceiro, já que, por definição, ele é responsável sem ser devedor. Disso, todavia, não deriva, de modo algum, a consequência de que ele não deva figurar como parte no processo.

É conquista definitiva da processualística a noção de que a relação jurídica processual não se confunde com o vínculo substancial deduzido em juízo. Nesta linha, também não se duvida, atualmente, de que a definição de parte, para fins processuais, não se deve contaminar por aspectos decorrentes do direito material em disputa. Partes, no processo, são os sujeitos parciais que estão integrados à relação jurídica processual, sendo titulares das situações jurídicas dela decorrentes (direitos, deveres, faculdades, ônus e sujeições processuais). Trata-se, então, de adotar um *conceito puro* de parte, que leve em consideração aspectos unicamente processuais.

Também não se pode confundir, de modo algum, os conceitos de parte e de legitimidade *ad causam*. Distinto de saber se um sujeito é parte do processo, é determinar se este mesmo sujeito tem ou não legitimidade, ou seja, se está ele autorizado pelo ordenamento jurídico a figurar naquela específica relação processual, o que, ordinariamente, leva em consideração aspectos do direito material em disputa. Pode-se dizer, nesta linha, que a parte ilegítima não deixa de ser parte.<sup>11</sup>

Desta forma, para ser considerado parte, basta que o sujeito tenha sido integrado à relação processual por alguma das formas legalmente previstas,<sup>12</sup> e, assim, que participe do contraditório instaurado perante o juiz, podendo exercer os direitos e faculdades a ele inerentes, bem como

sendo atingido pelos deveres, ônus e sujeições processuais.<sup>13</sup>

É curioso, a este respeito, notar que todas estas ideias já se encontravam magistralmente desenvolvidas na obra de Liebman.<sup>14</sup> A doutrina brasileira, inclusive, faz questão de ressaltar a contribuição definitiva prestada pelo autor italiano para a correta definição de parte em sentido processual, e sua diferenciação para os integrantes da relação jurídica de direito material deduzida em juízo.<sup>15</sup>

É bem verdade que, ao menos do ponto de vista lógico, não pode ser descartada a possibilidade de o responsável secundário ser, de fato, terceiro em relação ao processo executivo. Bastaria que fosse autorizado que seus bens sejam objeto dos atos de execução sem a sua integração à relação processual e ao contraditório que nela se desenvolve.

Tal alternativa, todavia, conquanto logicamente viável, é absolutamente ilegítima se consideradas as garantias constitucionais do processo.

Parece claro que, nos termos do art. 5.º, LIV, da CF/1988, não pode, o Estado, no exercício de seu poder, privar qualquer sujeito de “*seus bens*” – e é isso o que ocorre na expropriação executiva – “*sem o devido processo legal*”. Não há dúvidas, também, de que a garantia constitucional do contraditório (art. 5.º, LV) é componente indissociável do devido processo legal, ao assegurar, àquele que há de sofrer os efeitos do ato de poder, a participação em sua formação.

Encontra-se há muito superada a ideia de que não haveria contraditório na execução.<sup>16</sup> Ainda que a garantia deva se adequar às peculiaridades do processo executivo – que não comporta, a priori, discussões a respeito do direito subjacente ao título –, isso não significa que se possa deixar de franquear àqueles que se sujeitarão aos atos executivos a mais ampla *participação* no processo.<sup>17</sup>

Esta participação é essencial, em primeiro lugar, para que o executado tenha a oportunidade de controlar a *regularidade* dos atos executivos, verificando se está sendo seguido o procedimento legalmente previsto para a prestação da tutela executiva. Nesta linha, ainda, é direito do responsável a observância do princípio da menor onerosidade possível (CPC/2015, art. 805), fator de equilíbrio e proporcionalidade da execução.

Também é direito do executado ter a oportunidade de discutir, pelas vias adequadas e nos limites pertinentes, a higidez do título executivo e do crédito a ele subjacente. Tal faculdade deve se estender, segundo nos parece, ao responsável secundário, na medida em que, conquanto não seja ele o devedor, tem interesse jurídico na demonstração da inexistência da relação obrigacional. Afinal, não havendo crédito a ser satisfeito, não terá suporte a execução que sobre ele recairia.<sup>18</sup>

Em relação ao terceiro responsável, há, ainda, mais um aspecto a ser ressaltado: é necessário que lhe seja oportunizado discutir a existência da situação caracterizadora de sua própria responsabilidade patrimonial, sem a qual não se justifica a expropriação de qualquer de seus bens.

É fato que, se bem a analisado o pensamento de Liebman – assim como o daqueles que neste particular seguiram suas ideias –, está ali admitida a possibilidade de que o responsável secundário se volte contra a execução não apenas por meio de embargos de terceiro, como, também, pelos embargos do devedor. Aqueles seriam adequados para que o terceiro alegasse a ausência de justificativa para que seus bens sejam atingidos, e estes para, uma vez admitida a sua responsabilidade patrimonial, contrapor-se à execução.<sup>19</sup>

Estes instrumentos, todavia, são por si só insuficientes para garantir a observância do contraditório, em todos os três aspectos acima considerados. É certo que, de acordo com tais ideias, por meio dos embargos de terceiro poderia o sujeito negar a sua própria responsabilidade patrimonial, livrando, assim, um bem de sua propriedade da constrição injusta. Poderia, além disso, pela via dos embargos à execução (ou da impugnação ao cumprimento de sentença), se voltar contra o título executivo ou o crédito, e, ainda, manifestar-se sobre atos processuais

executivos já praticados.

É preciso, entretanto, que os responsáveis secundários possam participar de todo o processo executivo. Não há dúvidas de seu legítimo interesse – enquanto executados que são – em se manifestar a respeito não apenas das questões que poderiam ser alegadas nos embargos de terceiro e nos embargos à execução (ou impugnação ao cumprimento de sentença), mas dos atos que, de um modo geral, compõem o procedimento executivo.

E, para tanto, é essencial que os responsáveis secundários sejam, por meio da *citação*, devidamente integrados à relação processual executiva, para que possam participar do contraditório nela desenvolvido, sendo intimados de todos os seus atos.<sup>20</sup>

Não se pode, por exemplo, negar ao responsável patrimonial que suscite eventuais nulidades dos atos executivos. Ou, ainda, que se manifeste sobre a avaliação do bem de sua propriedade que tenha sido objeto de penhora, considerando, inclusive, que eventual saldo na execução reverterá a seu favor.

Em resumo, é imperioso que o responsável secundário seja citado como parte do processo executivo – passando, a partir de então, a exercer todas as faculdades franqueadas às partes –, providência sem a qual não se mostra legítima qualquer medida constritiva que venha a atingir o seu patrimônio. Pode-se dizer, assim, que, na medida em que sobre seus bens poderá recair a expropriação executiva, ele detém *legitimidade passiva* para integrar, como parte, a execução.<sup>21</sup>

Parece-nos, ainda, que, geralmente, deve-se oportunizar ao responsável que se manifeste a respeito de sua legitimidade *anteriormente* a qualquer medida constritiva que venha a se realizar sobre seus bens. Neste ponto, é de se lembrar que, como regra, o contraditório deve ocorrer *antecipadamente* – isto é: antes da prática do ato desvantajoso ao interesse da parte –, apenas se admitindo sua postergação em hipóteses excepcionais, devidamente justificadas.<sup>22</sup> É isso, aliás, o que se extrai do art. 9.º do CPC/2015.<sup>23</sup>

É certo que, havendo título executivo, considerando a sua eficácia abstrata, legitima-se a prática de atos de execução em relação ao sujeito nele indicado como devedor ou responsável independentemente de qualquer investigação prévia a respeito da existência do direito exequendo ou de sua responsabilidade. Nestes casos, não há, é claro, a necessidade de se garantir o contraditório prévio do responsável secundário, assim como não seria exigido em relação ao devedor.

Em geral, porém, não consta o terceiro responsável do título executivo,<sup>24</sup> o que torna ilegítimo que seja oportunizada a sua manifestação apenas após a penhora de um bem de sua propriedade, pela via dos embargos do devedor ou dos embargos de terceiro.<sup>25</sup> É essa, entretanto, a orientação que, como veremos, se extrai de julgados do STJ em relação aos casos de desconsideração da personalidade jurídica e de fraude à execução.

É claro que, em hipóteses excepcionais, diante do risco de que o terceiro responsável pratique atos de dilapidação patrimonial, que ameacem a possibilidade de que, no futuro, seus bens sejam objeto da expropriação executiva, é possível a adoção de medidas de urgência (tutela provisória cautelar, na linguagem do Novo Código) sem qualquer manifestação prévia, como, aliás, autoriza o art. 9.º, parágrafo único, I, do CPC/2015. Como veremos adiante, as medidas voltadas à tutela judicial da responsabilidade patrimonial, inclusive as preventivas, podem atingir não apenas o devedor, mas o responsável secundário.<sup>26</sup>

Em situações normais, porém, não sendo o caso do deferimento de medidas de urgência, e não havendo título executivo em relação a ele, a oportunidade de manifestação do sujeito que não é devedor a respeito de sua responsabilidade patrimonial deve ser prévia a qualquer ato de constrição sobre seu patrimônio.

#### **6.2.1.1. Análise da questão em algumas das hipóteses de responsabilidade secundária**



Ao investigar as diversas hipóteses legais em que se configura a responsabilidade secundária, o que se verifica é que varia, de uma para a outra, a forma como o terceiro responsável participa do processo executivo e a intensidade com que se busca assegurar o seu contraditório em relação aos aspectos acima mencionados. De todo modo, é perceptível, a nosso ver, que houve certo avanço na matéria no sistema do CPC/2015, tendo sido garantida a possibilidade de manifestação do responsável secundário em situações que não eram previstas no CPC/1973, ao menos em sua literalidade.

Neste momento, estudaremos a forma como se busca garantir o contraditório dos responsáveis secundários em algumas de suas principais hipóteses, a fim de verificar se as condições em que sua participação se dá são adequadas ou não aos pressupostos acima traçados. Tal análise nos permitirá, ainda, tentar encontrar um ou alguns modelos ideais, que podem ser aplicados em situações nas quais não haja previsão legal de como se deve dar a execução em face deles, além de servir de parâmetro para a correção da disciplina de algumas das situações que não nos pareçam adequadas.

Vejam, primeiro, o que ocorre com o fiador. Em que pese a divergência a respeito de sua efetiva caracterização como responsável secundário, tema que será adiante enfrentado,<sup>27</sup> a análise dos pressupostos que a lei coloca como sendo essenciais para que se possa executar os seus bens demonstra uma grande preocupação com a garantia do contraditório.

Nos casos em que o contrato de fiança ostentar força executiva (CPC/2015, art. 784, V),<sup>28</sup> poderá ser movida a ação de execução de título extrajudicial diretamente em face do garante, estando claro, no sistema do CPC/2015, que este é legitimado passivo para a execução em qualquer modalidade da fiança (art. 779, IV). Neste caso, o fiador deverá ser citado como *parte* desde o início do processo, sendo-lhe possível o exercício de todos os direitos e faculdades inerentes a tal condição. Poderá, então, manejar embargos à execução no prazo de quinze dias contados de sua citação (art. 915), em que terá a oportunidade não apenas de discutir a sua condição de fiador, como de se opor à própria obrigação principal (art. 917, VI), já que, sendo a fiança a ela acessória, depende, para existir, da higidez desta.<sup>29</sup> Passará, ainda, a ser intimado de todos os atos processuais, podendo se manifestar sobre eventuais irregularidades nos próprios autos da execução (art. 518).

Por outro lado, não sendo viável a propositura de ação de execução de título extrajudicial (ou, ainda que o seja, caso assim prefira o credor, nos termos do art. 785), deverá ser movida demanda de conhecimento em face do fiador. Uma vez que seja citado como réu, se tornará parte e poderá, em sua contestação, discutir não somente questões ligadas à fiança, como à própria obrigação principal. Apenas, então, após a sua condenação, com a formação de título executivo judicial (art. 515, I), é que se permitirá a constrição de seus bens. Neste sentido, o § 5.º do art. 513 do CPC/2015 dispõe, categoricamente, que “*o cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador (...) que não tiver participado da fase de conhecimento*”.<sup>30</sup>

Como se vê, para que seja legítima a prática de atos executivos em relação aos bens do fiador, o CPC/2015 exige não apenas que contra ele exista *título executivo* (extrajudicial, na forma do art. 784, V, ou judicial, oriundo de processo de que tenha participado, nos termos do art. 513, § 5.º) como, ainda, que ele seja integrado ao processo como *parte*, já na fase de conhecimento ou, então, na ação de execução de título extrajudicial.

Assim, se, por acaso, vier a ser penhorado bem do fiador sem que antes ele tenha sido trazido ao processo por meio da citação, poderá ajuizar embargos de terceiro, como forma de desfazer a constrição (CPC/2015, art. 674). Por outro lado, se o fiador for citado em procedimento executivo sem que contra ele exista título, poderá suscitar a sua ilegitimidade passiva, por meio de embargos à execução (ou impugnação ao cumprimento de sentença, se for o caso) ou, mesmo, de exceção de pré-executividade.

Diferente disso é o que ocorre com o responsável nos casos de desconsideração da personalidade jurídica (CPC/2015, art. 790, VII), em que é exigida, para que seja superada a personalidade jurídica e, assim, sejam atingidos os bens do sócio (ou da empresa, no caso da

desconsideração inversa), a prévia observância do procedimento previsto nos arts. 133 a 137, como deixa claro o art. 794, § 4.º. Caso, aliás, haja qualquer constrição de um bem do responsável, sem que antes seja percorrido referido procedimento, poderá ele se valer dos embargos de terceiro como forma de desfazer o ato (art. 674, § 2.º, III).

Há, neste ponto, nítida evolução em relação ao sistema anterior, em que, à míngua de definição legal do procedimento adequado, a jurisprudência do STJ vinha entendendo ser desnecessária a citação prévia do sócio ou da pessoa jurídica, a quem bastaria a possibilidade de se defender “*a posteriori*” – ou seja, após a penhora de um bem de sua propriedade – por meio de embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.<sup>31</sup> Como se percebe, tratava-se de prática em total descompasso com os parâmetros acima definidos para o contraditório, na medida em que permitia a constrição patrimonial de sujeito que não constasse do título executivo sem que, previamente, lhe fosse oportunizado discutir a existência de sua responsabilidade patrimonial.

Vale notar, porém, que, ao contrário do que ocorre com o fiador, não se faz necessária a existência de título executivo em relação ao responsável nestes casos, e tampouco a sua condenação em fase cognitiva.<sup>32</sup> De todo modo, o incidente é capaz de propiciar a discussão a respeito da existência, ou não, das hipóteses autorizativas da desconsideração da personalidade jurídica, e, portanto, *verificar a existência de responsabilidade executiva secundária*.

Além disso, é de se perceber que, uma vez que seja suscitado o incidente – ou, ainda, quando requerido na inicial (CPC/2015, art. 134, § 2.º) – o suposto responsável secundário será *citado* (CPC/2015, art. 135), passando a integrar *como parte* a relação processual. Não por outra razão, o incidente está previsto, no Código, dentre as hipóteses de *intervenção de terceiros*. Passará, assim, a poder exercer todos os direitos e faculdades inerentes às partes, controlando, inclusive, a regularidade da execução que contra ele vier a ser realizada.

Parece claro, portanto, que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, da forma como previsto no CPC/2015, é capaz de assegurar o contraditório do terceiro responsável em ao menos duas das três acepções acima mencionadas: primeiramente, quanto à discussão em relação à existência da responsabilidade secundária, o que se fará mediante a verificação da presença, ou não, da hipótese autorizativa da aplicação da *disregard doctrine*; em segundo lugar, por meio da integração do responsável ao processo na condição de parte, o que lhe permitirá, inclusive, verificar a higidez dos atos executivos.

Apenas isto, entretanto, não é suficiente: como afirmamos, não se pode privar o terceiro responsável de discutir a higidez do próprio crédito exequendo, vez que, conquanto não seja ele partícipe da relação obrigacional, a possibilidade de expropriação de seu patrimônio apenas existirá na medida em que aquela se mantenha.<sup>33</sup> O grande problema é que, sendo o incidente “*cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial*” (CPC/2015, art. 133), é possível que seja ele suscitado em momento no qual já esteja superada, ao menos para as partes, a possibilidade de debate a respeito da dívida.

É certo que, sendo a desconsideração da personalidade jurídica requerida já na inicial da fase de conhecimento, não haverá sequer incidente, devendo o sócio ou a pessoa jurídica ser citado juntamente com os demais demandados, figurando, assim, como réu, desde o início do processo (CPC/2015, art. 134, § 2.º). Nestes casos, terá, como qualquer outro requerido, o ônus de apresentar contestação, na qual poderá refutar os argumentos pelos quais se pretende desconsiderar a personalidade jurídica, e, ainda, deduzir toda e qualquer fundamentação pertinente à inexistência, invalidade ou ineficácia da dívida.

Considerações análogas são válidas, ainda, quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial da ação de execução de título extrajudicial, caso em que será o sócio ou a empresa citado como executado, podendo, então, ajuizar embargos à execução para discutir tanto a ausência de sua responsabilidade secundária, como qualquer questão concernente à dívida.

O problema, todavia, aparece nas situações em que a desconsideração da personalidade jurídica não for requerida na inicial, mas, apenas, no curso do processo, mormente quando já superada a fase destinada à apresentação de resposta pelos réus.

Mesmo nesta situação, porém, pelas razões acima apontadas, não se pode impedir que o sócio ou a pessoa jurídica deduza argumentos visando a discutir não apenas a sua condição de responsável secundário, mas a insubsistência do crédito. Neste caso, a conveniência por uma rápida solução do litígio não deve inibir o regular exercício do contraditório por aqueles que, no futuro, podem vir a ter seu patrimônio atingido por atos de expropriação executiva.

Instaurado, assim, o incidente de desconsideração no curso do processo em primeiro grau de jurisdição, será o procedimento principal, de início, suspenso para que, uma vez citado, o sócio ou a pessoa jurídica possa apresentar a sua manifestação e requerer as provas pertinentes (CPC/2015, art. 134, §§ 3.º e 4.º). É neste momento então, que, segundo nos parece, caberá ao responsável não apenas negar as hipóteses legais autorizativas da desconsideração da personalidade jurídica, mas, também, deduzir as alegações pertinentes ao débito.<sup>34</sup>

Cabe, neste ponto, fazer um breve esclarecimento: poder-se-ia questionar se não seria mais adequado que o sócio ou a pessoa jurídica questionasse a existência, validade ou eficácia da dívida principal apenas após a decisão que reconhecesse a sua responsabilidade patrimonial. Assim, a cognição no incidente se limitaria à presença, ou não, dos requisitos autorizativos da desconsideração da personalidade jurídica e, em caso afirmativo, abrir-se-ia a oportunidade para que o responsável apresentasse contestação.<sup>35</sup>

Deve-se perceber, todavia, que, do ponto de vista do sócio ou da pessoa jurídica, as alegações pertinentes à obrigação nada mais são do que *fundamentos* para a demonstração da inexistência de sua responsabilidade patrimonial, já que, não havendo dívida, não haverá que se falar em expropriação executiva. Considerando, então, a regra da eventualidade (CPC/2015, art. 336), caberá ao sujeito, citado no incidente de desconsideração, deduzir naquele momento “*toda a matéria de defesa*”, incluindo aspectos relacionados à dívida. Trata-se, ademais, de interpretação que tem por vantagem a possibilidade de evitar, em caso de acolhimento do pleito de desconsideração, o retorno a fases processuais já superadas, com prejuízos em termos de eficiência do processo.

Neste caso, estando o feito ainda em primeiro grau de jurisdição, e tendo sido suscitadas alegações relativas à inexistência do dever de pagar tanto pelos réus primitivos quanto pelo sócio ou pessoa jurídica, parece-nos recomendável que *cesse a suspensão do processo*, para que um só procedimento – e, especialmente, uma só instrução probatória – sirva para a análise de toda a matéria defensiva até então deduzida. Tudo se passará, então, como se a desconsideração houvesse sido requerida na inicial, caso em que, a priori,<sup>36</sup> deve ser julgada juntamente com as pretensões iniciais.<sup>37</sup>

A questão se mostra mais complicada, porém, se pensarmos em hipótese na qual o incidente seja suscitado *após a prolação de sentença*, quando o processo esteja em segundo grau de jurisdição para julgamento de recurso de apelação interposto por alguma das partes originárias. Nestes casos, caberá ao relator decidir o incidente, nos termos do art. 932, VI do CPC/2015. Será, então, suspenso o procedimento principal, e, uma vez citado, o sócio ou a pessoa jurídica poderá, em sua manifestação, se opor tanto em relação aos pressupostos autorizativos da desconsideração, quanto em relação à existência da dívida.

Julgado o incidente pelo relator, voltará a tramitar o procedimento principal. Neste caso, eventual juízo feito pelo julgador a respeito da inexistência do crédito poderá influenciar sua manifestação no julgamento dos recursos interpostos pelas partes originárias, desde que, é claro, a questão tenha sido devolvida ao tribunal.<sup>38</sup> Sendo interposto agravo interno contra a decisão do incidente, parece recomendável, inclusive, que o julgamento deste ocorra conjuntamente com o dos recursos de apelação pendentes de análise, evitando a prolação de decisões contraditórias.

Imagine-se, por exemplo, que, tendo sido condenada a pessoa jurídica, o relator, no julgamento do incidente de desconsideração instaurado em face do sócio, reconheça a inexistência da dívida.

Em tal situação, parece-nos que aquele entendimento deverá, ao menos, ser levado em conta no julgamento de apelação interposta pelo devedor. Isso não significa, é claro, que o recurso será necessariamente provido, já que outros argumentos podem ter sido deduzidos e, sobretudo, porque, em se tratando de julgamento colegiado, não há como se antever o entendimento que terão os demais julgadores.

A questão, contudo, se mostra ainda mais intrincada em situações nas quais o incidente seja instaurado já em fase de cumprimento de sentença, após o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em desfavor do devedor. Neste caso, poder-se-ia pensar que a coisa julgada, formada entre credor e devedor originário, impediria que a pessoa jurídica ou o sócio pretendessem discutir a existência da dívida no incidente de desconconsideração em face dele promovido.

O fato, contudo, é que, não tendo o sujeito responsável, nestes casos, participado da fase cognitiva, a coisa julgada formada *inter alios* não pode lhe prejudicar, nos termos do art. 506 do CPC/2015. Vale, aqui, a analogia com a ideia de que, tendo sido reconhecida a existência da dívida em ação condenatória promovida pelo credor em face do devedor principal, a coisa julgada não impede que, no futuro, o fiador – terceiro em relação àquele primeiro processo – volte a discutir a existência daquela mesma relação obrigacional.<sup>39</sup>

Por isso, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, poderá, o sujeito responsável, alegar, no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, qualquer questão relativa à existência, validade ou eficácia do crédito principal,<sup>40</sup> como fundamento para demonstrar ausência de sua responsabilidade patrimonial.

É de se questionar, porém, o que ocorreria, nestes casos, uma vez que viesse a transitar materialmente em julgado a decisão do incidente que tenha reconhecido a inexistência, invalidade ou ineficácia da dívida.<sup>41</sup> Deve-se notar, primeiramente, que, conquanto a inexistência, invalidade ou ineficácia da dívida atue, aí, como questão prejudicial, poderá sobre ela recair a autoridade de coisa julgada, nos termos do art. 503, § 1.º, do CPC/2015. Além disso, é importante lembrar que, no sistema do CPC/2015, ficou expressamente consagrada a ideia de que a coisa julgada *não pode prejudicar terceiros* (art. 506), não estando vedado, porém, que atue em seu *benefício*.<sup>42</sup>

Haveria, então, um *conflito de coisas julgadas*: uma primeiramente formada entre credor e devedor, sobre a sentença que reconheceu a existência da dívida; e outra, formada posteriormente entre credor e responsável, reconhecendo a inexistência do crédito.

E, nestes casos, segundo nos parece, deve prevalecer *a segunda coisa julgada* que venha a ser formada.<sup>43</sup> Desta forma, poderão os devedores, ainda que já condenados, se valer da declaração de inexistência da dívida, levando à extinção do procedimento executivo.

A partir destas considerações, pode-se dizer que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é plenamente capaz de garantir a observância do contraditório nas três acepções acima mencionadas: permite a discussão a respeito da presença, ou não, dos pressupostos para o afastamento da personalidade jurídica, e, portanto, para a responsabilidade secundária; garante a integração do sócio ou da pessoa jurídica ao processo, e, assim, a sua participação na relação processual e no controle dos atos processuais; e, por fim, desde que devidamente compreendidas as possibilidades de defesa a serem manejadas pelo sujeito ao qual se pretende imputar a responsabilidade, permite que discuta a respeito da própria dívida. Tudo isso, sem que seja necessária a instauração de processo autônomo, e tampouco a prévia formação de título executivo em relação ao responsável.

Outra importante característica a ser ressaltada do incidente é o fato de que pode ser instaurado ainda que já esteja em curso o processo de execução ou a fase de cumprimento de sentença, o que permite que, em caso de insuficiência do patrimônio dos devedores originários, e uma vez presentes os pressupostos legais, seja a execução “redirecionada” aos bens do sócio ou da pessoa jurídica, aumentando as chances de que a tutela executiva venha a ser prestada adequadamente.

Por tais razões é que, segundo nos parece, trata-se de um modelo que, ao mesmo tempo em que assegura a plena observância da garantia do contraditório, é capaz de atender ao ideal de efetividade da tutela executiva. Por isso mesmo, pode ser utilizado em hipóteses nas quais a lei não é clara quanto à forma como deve se dar o ingresso do responsável secundário no processo, ou em que a disciplina legal não seja satisfatória.

É o que ocorre, por exemplo, com a imputação de responsabilidade secundária diretamente aos sócios, nas hipóteses do art. 134, VII<sup>44</sup> e do art. 135, III<sup>45</sup> do Código Tributário Nacional. Constando o nome do sócio da certidão de dívida ativa – o que pressupõe, para sua regularidade, a prévia apuração da responsabilidade em procedimento administrativo –, a execução pode ser dirigida diretamente em face dele, que é legitimado passivo, nos termos do art. 779, VI do CPC/2015, e do art. 4.º, V, da Lei 6.830/1980.

Não figurando, contudo, o sócio como responsável na certidão de dívida ativa, a constrição de qualquer de seus bens pressupõe a prévia apuração da presença dos requisitos que a lei coloca como sendo necessários à configuração de sua responsabilidade tributária. Tome-se, como exemplo, a hipótese do art. 135, III, do CTN: é necessário que fique demonstrada a existência “*de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*”.

É absolutamente ilegítima, portanto, a prática, endossada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de simplesmente, sem qualquer apuração prévia de responsabilidade tributária, redirecionar a execução para os bens do sócio, sem oportunizar manifestação prévia a respeito de sua responsabilidade tributária, franqueando-lhe, apenas, que, posteriormente, se defenda por meio de embargos à execução ou, quando cabível, de exceção de pré-executividade.<sup>46</sup> É de se lembrar, aqui, que, como dissemos, o contraditório deve ser, via de regra, prévio a qualquer ato de constrição patrimonial.

Nestes casos, então, não havendo previsão legal para tanto, parece-nos que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicado,<sup>47</sup> na medida em que, ao mesmo tempo em que assegura a observância do contraditório, permite que, no curso do processo de execução, seja apurada a responsabilidade patrimonial secundária, prescindindo da instauração de processo autônomo, com ganho, portanto, em termos de efetividade.

Outra hipótese que merece ser brevemente averiguada para fins de comparação com as que até aqui analisamos é a do cônjuge ou companheiro,<sup>48</sup> quando, em execução que tramite em face de seu consorte, for penhorado bem imóvel ou direito real sobre imóvel. Nestes casos, exceto se viger o regime da separação absoluta de bens, deverá o cônjuge ou companheiro do executado ser intimado, nos termos do art. 842 do CPC/2015.

A partir de então, abrem-se, ao cônjuge intimado, conforme interpretação amplamente consagrada na doutrina<sup>49</sup> e na jurisprudência,<sup>50</sup> duas possibilidades distintas: (i) caso deseje negar a sua responsabilidade patrimonial – ou seja, refutar que, naquele caso, seus bens próprios ou de sua meação respondam pela dívida (art. 790, IV) – deverá se valer da via dos *embargos de terceiro* (CPC/2015, art. 674, § 2.º, I); (ii) se, por outro lado, sem negar a sua responsabilidade, desejar se voltar contra a própria dívida ou se manifestar sobre atos executivos já praticados, poderá manejar *embargos à execução* (ou *impugnação ao cumprimento de sentença*).

Há, assim, uma espécie de dupla legitimidade em relação ao cônjuge ou companheiro quando intimado da penhora de bem imóvel, sendo considerado *parte* para fins de oposição de embargos à execução, e *terceiro* para fins de ajuizamento de embargos de terceiro.

Deve-se notar que, dessa forma, garante-se o contraditório para ao menos duas das três finalidades que sustentamos acima, já que poderá o cônjuge ou companheiro tanto se voltar contra a sua própria responsabilidade (embargos de terceiro), quanto contra a dívida exequenda (embargos à execução ou impugnação).

É necessário, todavia, pelas razões expostas, que o cônjuge ou companheiro seja devidamente integrado à relação processual, motivo pelo qual a intimação a que se refere o art. 842 deve ser

entendida como verdadeira *citação*, como sustenta parte da doutrina.<sup>51</sup> Apenas assim estará assegurado, em sua plenitude, o contraditório, passando o responsável secundário a ser intimado dos atos processuais, podendo se manifestar sobre eventuais nulidades, impugnar a avaliação do bem, etc. Ainda assim, o sujeito “intimado” poderá opor embargos de terceiro para questionar sua legitimidade, tendo em vista a opção – criticável, como veremos – feita no art. 674, § 2.º, I do CPC/2015.

Por fim, analisaremos brevemente o que ocorre nos casos de fraude contra credores e de fraude à execução, que, se comparados a todos os demais, revelam peculiaridades dignas de nota.

Em relação à fraude contra credores, tanto o CC/2002 (art. 161) quanto o CPC/2015 (art. 790, VI) exigem, para que a execução possa alcançar o bem alienado fraudulentamente, o prévio reconhecimento do vício em *demanda autônoma* (ação pauliana ou revocatória), proposta pelo credor em face do terceiro adquirente e do devedor, opção que, como veremos, é de todo criticável.<sup>52</sup> No processo será, então, aferida a presença dos requisitos necessários à configuração da fraude, e, assim, para a decretação da ineficácia relativa da alienação, viabilizando que o bem possa responder à execução.

Por meio, assim, da ação pauliana, permite-se, ao adquirente do bem, a discussão a respeito da existência, ou não, da fraude e, assim, de responsabilidade executiva sobre o bem que passou a integrar o seu patrimônio. Garante-se, por outras palavras, o contraditório em relação à existência da responsabilidade secundária.<sup>53</sup>

Por outro lado, uma vez que seja reconhecida a fraude, não se prevê qualquer forma de participação do terceiro adquirente, que terá um bem de sua propriedade alcançado pela execução, não lhe sendo franqueada qualquer defesa em relação ao crédito, ou possibilidade de se manifestar sobre a regularidade dos atos executivos. É necessário, portanto, rever tais ideias.

Quanto às questões relativas à própria dívida, parece-nos, na linha do que ocorre com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que poderão ser suscitadas pelo adquirente do bem como matéria de defesa na própria ação pauliana. Vale, aqui, reafirmar que, para o sujeito ao qual se pretende imputar responsabilidade secundária, a inexistência, invalidade ou ineficácia do crédito é simples fundamento para negar a sua responsabilidade patrimonial, devendo, portanto, ser alegada quando da defesa em relação a esta, em atenção à regra da eventualidade (CPC/2015, art. 336).

Nestes casos, estando porventura em curso, em primeiro grau, a ação condenatória proposta pelo credor em face do devedor, e sendo suscitadas questões relativas ao débito pelo terceiro adquirente na ação pauliana, pode-se justificar a reunião dos processos para que uma só instrução seja realizada a respeito, na forma do art. 55, § 1.º, do CPC/2015.<sup>54</sup>

Por outro lado, caso já tenha transitado em julgado eventual sentença condenatória em desfavor do devedor, valem as mesmas considerações feitas para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica: o fato de já haver coisa julgada em relação ao débito não pode, nestes casos, impedir que o responsável secundário rediscuta a questão já que, não tendo ele participado daquele primeiro processo, a coisa julgada não pode lhe prejudicar (CPC/2015, art. 506). Pode ocorrer, ainda, nas mesmas hipóteses acima aventadas, de a coisa julgada formada entre credor e terceiro adquirente se sobrepor àquela havida entre credor e devedor.

É essencial, ainda, que, uma vez reconhecida a fraude contra credores na ação pauliana, seja o terceiro adquirente *citado* no processo de execução ou no cumprimento de sentença, permitindo que, efetivamente, participe do contraditório nele instaurado, a fim de verificar, sobretudo, a higidez dos atos executivos.

O fato, porém, é que a própria exigência de ação autônoma para o reconhecimento de fraude contra credores é injustificada e, como procuraremos demonstrar, pode ser afastada, apesar da literalidade do art. 790, VI do CPC/2015. Segundo nos parece, pode ser aqui aplicado o mesmo procedimento previsto para a fraude à execução.<sup>55</sup>

Em relação, então, à fraude à execução, não havendo, no sistema do CPC/1973, qualquer previsão do procedimento adequado para seu reconhecimento, firmou-se o entendimento de que deveria o vício ser declarado no curso do próprio processo executivo, sem a participação do terceiro adquirente, a quem caberia, *após a penhora* recair sobre o bem, se valer de embargos de terceiro para questionar a constrição. Fora isso, não se franqueava, ao adquirente do bem, qualquer outro meio de defesa ou a participação no processo executivo.<sup>56</sup>

Tratava-se, portanto, de sistemática em total descompasso com os parâmetros que traçamos acima como sendo necessários à garantia do contraditório. Além de possibilitar a discussão a respeito da ocorrência da fraude – e, portanto, da existência de responsabilidade secundária – apenas após a ocorrência da constrição patrimonial, não havia qualquer possibilidade de manifestação do adquirente a respeito do débito e, tampouco, a previsão de sua participação do processo executivo.

Já no sistema do CPC/2015, há a previsão de procedimento que representa certa evolução em relação ao Código anterior. Conforme o que determina o seu art. 792, § 4.º, “*antes de declarar a fraude à execução*”, deverá o terceiro adquirente ser *intimado* para que, querendo, oponha *embargos de terceiro* no prazo de quinze dias, onde será discutida a ocorrência da fraude.

Como se vê, assim como ocorria na vigência do CPC/1973, é transferido ao terceiro adquirente o ônus de ajuizar demanda própria para se manifestar sobre a ausência de fraude. Não há, porém, ao contrário do que se verificava anteriormente, diferimento do contraditório para momento *posterior à penhora*. A oportunidade de ajuizamento dos embargos de terceiro se dará *antes da declaração de fraude*, e, portanto, *antes da constrição* atingir o bem adquirido pelo terceiro.

O que existe, aí, é a *inversão do ônus de dar iniciativa ao contraditório*. Comprovada sumariamente pelo exequente a ocorrência da fraude à execução, caberá ao terceiro adquirente, uma vez intimado, ajuizar ação própria para demonstrar que, na verdade, não estão presentes os seus requisitos caracterizadores.

Não há, portanto, em relação a isso, qualquer violação à garantia constitucional do contraditório, vez que a manifestação do sujeito ao qual se imputa a responsabilidade se dará antes que ocorra qualquer constrição patrimonial. Deve-se lembrar, aliás, que o sistema processual brasileiro conhece outras técnicas caracterizadas pela inversão da iniciativa do contraditório, notadamente a ação monitória (CPC/2015, arts. 700 e ss.)<sup>57</sup> e a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (CPC/2015, art. 304).

Ademais, na linha do que dissemos a respeito da desconsideração da personalidade jurídica e da fraude contra credores, parece-nos que, nos embargos de terceiro, o adquirente do bem poderá alegar, como causa de pedir – isto é, como fundamento para livrar o bem da constrição – qualquer questão concernente à dívida.<sup>58</sup>

O problema, todavia, que existe em relação ao procedimento previsto para a declaração da fraude à execução é que, se interpretado friamente, não há a previsão de que o terceiro adquirente seja *citado* para o processo executivo, o que, pelas razões que expusemos, seria necessário para lhe assegurar a plenitude do contraditório, sobretudo em relação ao controle da regularidade da execução.

Por tal razão, parece-nos que, à semelhança do que ocorre em relação ao cônjuge ou companheiro na hipótese do art. 842, a intimação prevista no art. 792, § 4.º do CPC/2015, deveria ser entendida como verdadeira *citação*, passando o adquirente, a partir de então, a integrar a relação processual executiva.<sup>59</sup>

#### **6.2.1.2. A defesa do responsável secundário: embargos à execução (impugnação ao cumprimento de sentença) ou embargos de terceiro?**

Após analisarmos a forma como o sistema processual prevê que se deva concretizar o contraditório em algumas das hipóteses de responsabilidade secundária, passamos a estabelecer

conclusões a respeito de questão que se mostra de certo modo confusa na doutrina e na jurisprudência: trata-se de determinar quando o terceiro responsável deve se defender por meio das defesas típicas do executado (embargos à execução e impugnação ao cumprimento de sentença), e em que situações é adequado o manejo de embargos de terceiro. Ainda que haja peculiaridades em relação a algumas hipóteses específicas, parece-nos possível e oportuno traçar algumas diretrizes gerais.

Há, a este respeito, entendimento doutrinário no sentido de que o responsável secundário poderia, de um modo geral, optar entre se opor à execução pela via dos embargos de terceiro (quando pretendesse afirmar a ausência de sua responsabilidade patrimonial) e por meio de embargos à execução ou impugnação (quando, sem negar a sua responsabilidade, pretendesse se voltar contra a dívida ou outras questões ligadas ao processo executivo).<sup>60</sup> Não apenas, assim, para o cônjuge ou companheiro intimado na forma do art. 842 haveria esta dupla legitimidade, mas para qualquer terceiro responsável.

Não nos parece, porém, que seja esta a melhor forma de resolver a questão.

Como se extrai do *caput* do art. 674 do CPC/2015, os embargos de terceiro se destinam a ser propostos por *quem não é parte no processo*. Desta forma, em regra, ser *terceiro* quanto à relação processual de onde adveio a constrição que se afirma indevida é requisito necessário à configuração da *legitimidade ativa* para o ajuizamento da demanda.

É de se notar, inclusive, que não mais existe, no CPC/2015, a regra que constava do § 2.º do art. 1046 do CPC/1973, que previa, em caráter genérico, a legitimidade da chamada *parte equiparada a terceiro*. Tratava-se da possibilidade de ajuizamento dos embargos por sujeito que, conquanto *figurasse no processo*, defendia “bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial”.

No sistema do CPC/2015, então, foi suprimida referida disposição, que, no dizer de autorizada doutrina, era “inteiramente destoante do sistema”.<sup>61</sup> Restaram, todavia, outras hipóteses, casuisticamente previstas no § 2.º do art. 674, de sujeitos que se consideram terceiros para fins de propositura dos embargos. Porque ligadas diretamente ao tema da responsabilidade secundária, interessam-nos, neste momento, as situações descritas nos incs. I a III,<sup>62</sup> a fim de analisar se, nos casos ali previstos, os embargos são ajuizados por quem é parte no processo ou terceiro.

A hipótese prevista no inc. I do § 2.º do art. 674 se refere a uma situação em parte já anteriormente mencionada: trata-se de possibilidade de que o cônjuge ou companheiro ajuíze embargos de terceiro como forma de defender bens próprios ou de sua meação, sob a afirmativa de que não respondem patrimonialmente pelo crédito exequendo (CPC/2015, art. 790, IV). Vale lembrar que, nestes casos, é amplamente consagrado o entendimento de que o sujeito também pode se valer dos embargos à execução (ou da impugnação ao cumprimento de sentença) como forma não de discutir a sua responsabilidade patrimonial, mas de se voltar contra o crédito ou qualquer aspecto da execução.

É importante deixar claro que, em relação ao cônjuge ou companheiro, esta dupla legitimidade existe tanto para os casos em que for ele intimado (=“citado”) da penhora de bem imóvel na forma do art. 842 – tendo, portanto, se tornado parte do processo – quanto para as situações em que, tendo sido penhorado outro tipo de bem, não seja ele integrado previamente à relação processual.

Já a hipótese descrita no inc. II do art. 674, § 2.º, diz respeito à legitimidade do terceiro adquirente do bem para o oferecimento de embargos de terceiro nos casos de fraude à execução. Aqui, porém, há a necessidade de diferenciar duas situações.

A primeira delas é aquela em que, tendo conhecimento de que um bem do devedor ou do responsável secundário fora alienado para terceiro, o juiz, *antes da decretação da fraude à execução* (e, destarte, da constrição patrimonial), determina a intimação deste na forma do art. 792, § 4.º do CPC/2015 para que, querendo, oponha embargos de terceiro no prazo de quinze dias. Nestes casos, considerando que, como sustentamos, a intimação deveria equivaler a uma



verdadeira citação, os embargos seriam movidos por quem é parte no processo.

Distinta, porém, é a hipótese em que é penhorado um determinado bem que se pensava ser do executado, mas que, na verdade, fora anteriormente alienado. Neste caso, não tendo sido possível adotar anteriormente a providência prevista no art. 792, § 4.º, parece claro que o adquirente do bem, se porventura vier a opor embargos, será, de fato, terceiro em relação ao processo de execução ou à fase de cumprimento de sentença, vez que não foi citado em qualquer momento anterior. Ainda nesta hipótese, como veremos, será possível discutir a ocorrência de fraude à execução nos autos dos embargos de terceiro.

Por fim, a situação descrita no inc. III do art. 674, § 2.º, se refere aos casos em que o bem do sócio ou da pessoa jurídica é atingido por desconsideração da personalidade jurídica sem que em relação a ele se tenha seguido o incidente previsto nos arts. 133 a 137.<sup>63</sup> Nestas situações, não tendo sido observado o procedimento que o CPC/2015 instituiu como forma de garantir o contraditório do responsável, será ilegítima a constrição quanto a ele realizada. É de se notar que também neste caso, o sócio ou a pessoa jurídica é terceiro em relação ao processo, já que não foi a ele anteriormente integrado, papel que caberia justamente ao incidente.

Como se vê, há, é certo, situações excepcionais em que se admite o manejo de embargos de terceiro por quem seja parte do processo, especialmente aquelas descritas no art. 674, § 2.º, I (cônjuge ou companheiro citado na forma do art. 842, para alegar a impossibilidade de a execução atingir seus bens próprios ou de sua meação) e no art. 792, § 4.º (adquirente do bem, antes de ser decretada a fraude à execução).

Fora destas hipóteses, porém, que destoam do restante do sistema, os embargos de terceiro são meio a ser utilizado por quem não é parte no processo, como forma de alegar a impossibilidade de o ato construtivo, atual ou potencial, atingir bem que possua, ou sobre o qual tenha direito incompatível. É de se notar que dita impossibilidade pode derivar tanto da ausência dos pressupostos materiais necessários à configuração de sua responsabilidade secundária (não preenchimento dos requisitos configuradores da fraude à execução, por exemplo), quanto de não se ter seguido, anteriormente, a forma processual necessária a seu reconhecimento (ausência de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo).

Não nos parece adequado, portanto, entender, fora dos casos excepcionais acima tratados, que o sujeito que seja parte no processo deva se utilizar dos embargos de terceiro como meio de suscitar a ausência de sua responsabilidade secundária. Não se deve confundir o conceito de terceiro (requisito para a propositura dos embargos, nos termos do art. 674, *caput*) com a ausência de responsabilidade patrimonial (possível causa de pedir dos embargos de terceiro). Aquele que estiver integrado à relação processual, ainda que seja ilegítimo, não deixará de ser parte e, portanto, não poderá ajuizar os embargos.<sup>64</sup>

Deste modo, o sujeito que foi incluído como réu no procedimento executivo por ser, supostamente, responsável secundário, poderá se valer dos *embargos do executado* (ou da impugnação ao cumprimento de sentença), ou, ainda, de exceção de pré-executividade, como forma de demonstrar a ausência de sua responsabilidade patrimonial e, portanto, a sua ilegitimidade passiva.

Neste sentido, como afirma parte da doutrina,<sup>65</sup> as defesas típicas do executado não são manejáveis apenas pelo o devedor, mas por todo e qualquer sujeito que tenha sido colocado na condição de réu no processo executivo.<sup>66</sup>

Em resumo, pode-se dizer que: em regra, os *embargos de terceiro* são o meio pelo qual o sujeito que *não integra a relação processual* pode livrar um bem da constrição atual ou potencial nela determinada, sob a alegação de ausência de sua responsabilidade patrimonial; já os *embargos à execução* (ou impugnação ao cumprimento de sentença), são o meio pelo qual aquele que tenha se tornado *parte* no processo pode suscitar a sua ilegitimidade passiva, ou qualquer outra questão que possa nele ser discutida.

Vale dizer, por fim, que eventual inadequação na escolha de um destes meios não deve levar, em todo e qualquer caso, à sua inadmissão. Como sustenta a doutrina,<sup>67</sup> e como se vê na jurisprudência,<sup>68</sup> é possível, aqui, a incidência do princípio da fungibilidade, considerando o estado de incerteza que paira sobre a questão, desde que tenha sido respeitado o prazo previsto em lei para o manejo da via adequada.

### 6.2.2. Hipóteses legais de responsabilidade secundária

Analisados certos aspectos gerais concernentes ao modo pelo qual se deve garantir o contraditório nos casos de responsabilidade executiva secundária, passaremos, agora, a estudar algumas de suas principais hipóteses, especialmente aquelas previstas no CPC/2015. Nossas atenções, neste ponto, se dirigirão não tanto aos aspectos de direito material envolvidos, mas sobretudo às questões processuais que a execução dos bens do terceiro responsável suscita.

Muito embora não esgote sua disciplina, é certo que os principais casos de responsabilidade de terceiro estão descritos no art. 790 do CPC/2015. Vale dizer, contudo, que nem todas as hipóteses descritas em seus incisos são de verdadeira sujeição patrimonial de sujeitos estranhos à relação obrigacional: basta lembrarmos a situação descrita no inciso III, acima mencionada, em que os bens atingidos são efetivamente do devedor, embora estejam sob posse ou detenção de outrem. Do mesmo modo, veremos que algumas outras hipóteses analisadas em seguida cuidam de responsabilidade do próprio devedor.

#### 6.2.2.1. Sucessor a título singular (CPC/2015, art. 790, I)

De acordo com o inc. I do art. 790, estão sujeitos à execução os bens “do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória”. Trata, o dispositivo, de situações em que há transmissão *inter vivos*<sup>69</sup> de um específico bem que seja objeto de uma demanda, e que tenha se tornado litigioso por força da citação (CPC/2015, art. 240).

Dessa forma, se bem analisado, o dispositivo se insere na disciplina mais geral da *alienação da coisa litigiosa*, (CPC/2015, art. 109), de modo que, tendo o adquirente passado a integrar o processo – como parte ou assistente litisconsorcial – ou não, estará sujeito a seus efeitos, não podendo furtar o bem da execução que sobre ele há de se realizar.<sup>70</sup> Tendo isto em vista, aliás, ainda que o art. 790, I se refira à “*execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória*”, o fato é que o bem estará sujeito à atividade executiva ainda quando tenha sido alienado no curso da fase de conhecimento.<sup>71</sup>

Como deixa claro o art. 790, I do CPC/2015, a execução alcançará o bem alienado quer seja a demanda de que é objeto fundada em “*direito real*” (como ocorre, por exemplo, com uma ação reivindicatória), quer em “*obrigação reipersecutória*”, expressão que se refere às situações em que a coisa é perseguida com base em vínculo de natureza pessoal (como ocorre com as ações de despejo, reintegração de posse em caso de comodato ou *leasing*, restituição de imóvel em virtude de rescisão de contrato de promessa de compra e venda, etc.).<sup>72</sup> Pode-se dizer, assim, que a regra se aplica a qualquer execução para entrega de coisa (CPC/2015, arts. 538 e 806 e ss.).

De toda sorte, não nos parece que tais situações efetivamente se enquadrem na disciplina da responsabilidade patrimonial. E isso, porque elas dizem respeito à execução por desapossamento, meio executivo estranho, segundo tentamos demonstrar, a nosso objeto de estudo.<sup>73</sup>

#### 6.2.2.2. Sócio (CPC/2015, art. 790, II)

Na sequência, estabelece o inc. II do art. 592 que podem se sujeitar à execução os bens “do sócio, nos termos da lei”. Trata-se, agora sim, de típico caso de responsabilidade de terceiro: excepcionando a regra da separação entre o patrimônio do sócio e da pessoa jurídica, permite-se, em certas ocasiões, que os bens daquele respondam pelo inadimplemento de dívidas contraídas em nome desta.

As situações em que pode isso ocorrer, como deixa claro o dispositivo, são previstas de modo

difuso na legislação. Vale frisar, neste ponto, que, justamente por excepcionar a separação patrimonial que existe entre a pessoa jurídica e os sócios, é necessária a existência de previsão legal autorizando a excussão dos bens destes por dívidas daquela, como, aliás, reforça o art. 795 do CPC/2015.<sup>74</sup>

De toda sorte, conquanto variadas, podemos dividir didaticamente tais hipóteses em três classes distintas:<sup>75</sup> (i) aquelas decorrentes de *normas societárias*, conforme as diversas espécies de sociedade; (ii) certas situações previstas na *legislação fiscal*, onde aparece a figura do responsável tributário; e (iii) as relativas à *desconsideração da personalidade jurídica*. Quanto a esta última, porém, vale dizer que é tratada especificamente no inc. VII do art. 790, e, portanto, será analisada mais adiante.

Quanto àquele primeiro grupo de situações, a intensidade com que se dá a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da pessoa jurídica varia significativamente de acordo com o tipo societário de que se esteja tratando.<sup>76</sup> A título ilustrativo, na *sociedade comum*, que é aquela ainda não regularmente constituída (CC/2002, art. 986), “*todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais*”, não tendo direito, ainda, ao *benefício de ordem*, de que falaremos em seguida.

Já nas *sociedades em nome coletivo*, todos os sócios respondem “*solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais*” (CC/2002, art. 1039, *caput*). Trata-se, entretanto, ao contrário do que se passa com a sociedade comum, de responsabilidade *subsidiária*, tendo os sócios direito ao benefício de ordem, podendo requer, como veremos, que, antes da excussão de seu patrimônio, sejam atingidos os bens da pessoa jurídica.

Por fim, ainda a título exemplificativo, vale lembrar que, nas *sociedades limitadas*, a responsabilidade dos sócios “*é restrita ao valor de suas quotas*”. Todavia, enquanto não integralizado o capital social, “*todos respondem solidariamente*” (CC/2002, art. 1.052).

Nestes casos, considerando tudo o que se disse a respeito da garantia do contraditório em relação ao terceiro responsável, é inviável que a execução seja simplesmente redirecionada ao patrimônio do sócio, sem que seja ele previamente integrado à relação jurídica processual. Apesar de não ser necessária a sua prévia condenação em fase de cognitiva, é imprescindível que seja o sócio citado no procedimento executivo, sendo-lhe franqueado, a partir de então, o manejo de embargos do executado (ou impugnação ao cumprimento de sentença), assim como a sua intimação dos atos processuais subsequentes. Nestes casos, é de se notar que não se afigura correta a utilização de embargos de terceiro pelo sócio:<sup>77</sup> como sustentamos acima, a ação apenas será adequada nas situações para a tutela do patrimônio daquele que não tenha sido previamente citado.

No que tange, por sua vez, à responsabilidade tributária, vale dizer que os arts. 134 e 135 do CTN preveem diversas situações em que sujeitos distintos dos devedores respondem, com seus patrimônios, para a satisfação de débitos fiscais. Dentre elas, destacam-se, ao que nos interessa neste momento, as hipóteses previstas no art. 134, VII (“os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas”) e no art. 135, III (“os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”).

Como dissemos, para que a execução possa legitimamente alcançar os bens do sócio nestes casos, é necessário que seja previamente apurada a prática, ou não, do ato caracterizador de sua responsabilidade tributária. Pode isso ocorrer por meio de procedimento administrativo, caso em que, tendo sido seu nome incluído na Certidão de Dívida Ativa, tem o sócio legitimidade passiva (CPC/2015, art. 779, VI) para constar como réu do processo executivo desde o seu início, ou, ainda, após redirecionamento.<sup>78</sup>

Por outro lado, não havendo título executivo formado em relação ao sócio, é necessário, como defendemos, que a apuração de sua responsabilidade tributária se faça por meio de incidente de desconsideração da personalidade jurídica (CPC/2015, arts. 133 a 137), sendo inviável o simples redirecionamento da execução fiscal para os seus bens.

Por fim, o art. 795, § 1.º do CPC/2015 disciplina o chamado *benefício de ordem*, que garante ao sócio, mesmo nos casos em que haja autorização legal para a execução de seus bens, a possibilidade de “*exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade*”. Vale dizer que se trata de regra aplicável nos dois grupos de situações vistos acima, isto é, tanto aos casos de responsabilidade decorrente do tipo societário (excetuado o caso da sociedade comum), conforme previsão do art. 1024 do CC/02,<sup>79</sup> quanto às hipóteses de responsabilidade tributária, nos termos do art. 4.º, § 3.º, da Lei de Execução Fiscal (6.830/1980).<sup>80</sup> Não incide, porém, nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, como será visto adiante.

Para fazer uso da faculdade, deve, o sócio, indicar bens pertencentes à pessoa jurídica passíveis de expropriação em montante suficiente para pagar o débito, que sejam não apenas “*livres e desembargados*”, mas que se situem “*na mesma comarca*” em que tramita o processo de execução (CPC/2015, art. 795, § 2.º). A exigência, como parece claro, visa a evitar que a utilização do benefício de ordem se faça em prejuízo aos interesses do credor, ante as dificuldades inerentes à execução por carta (CPC/2015, art. 845, § 2.º).

Deve-se considerar, entretanto, que, de acordo com o art. 845, § 1.º, do CPC/2015, a penhora de imóveis e de veículos,<sup>81</sup> onde quer que se localizem, pode ser realizada por meio de *termo nos autos*, ante a apresentação da certidão de sua matrícula ou que ateste a sua existência, respectivamente. Nestes casos, já que não haverá a necessidade de que a execução se processe por meio de carta precatória, pode o sócio, para fazer uso do benefício de ordem, indicar bem imóvel ou veículo da sociedade ainda que situado em outra comarca, desde que, sendo ele livre e desembargado, apresente a respectiva certidão.<sup>82</sup>

É importante deixar claro, ainda, que o benefício de ordem não é questão que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, devendo, ser alegada pelo sócio na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de preclusão. Em se tratando de execução de título extrajudicial, deverá ser suscitado, portanto, mediante a indicação de bens da pessoa jurídica nas condições vistas acima, em até três dias contados de sua citação, mesmo prazo que possui para pagamento voluntário, sob pena de penhora (CPC/2015, art. 829). Já quando se estiver diante de cumprimento de sentença, deverá ser exercido o benefício no prazo de quinze dias contados da intimação a que se refere o art. 523, após o qual o débito é acrescido de multa e de honorários advocatícios, e é realizada a penhora de seus bens.

Vale dizer, por fim, que, caso ocorra a expropriação de bens do sócio, este se sub-roga nos direitos do credor e, assim, tem o direito de executar a sociedade regressivamente nos autos do mesmo processo (CPC/2015, art. 795, 3.º).

#### **6.2.2.3. Cônjuge ou companheiro (CPC/2015, art. 790, IV)**

Ultrapassado o inc. III – que, como visto, não trata de responsabilidade de terceiro, mas sim do próprio devedor -, estabelece o art. 790, IV do CPC/2015 estarem sujeitos à execução os bens “*do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida*”.<sup>83</sup> Trata-se, como parece óbvio, de dispositivo a ser interpretado à luz das normas de direito de família, que, a partir dos diversos regimes de bens do casamento ou da união estável, e das espécies de dívidas, estabelecem as situações em que os bens próprios ou da meação de um dos consortes estão sujeitos às dívidas contraídas pelo outro.

Ainda que o objetivo, neste ponto, não seja o de analisar cada situação particular prevista no Código Civil,<sup>84</sup> pode-se dizer que, como regra geral, aplicável qualquer que seja o regime de bens, ambos os cônjuges respondem com seus bens particulares e os de sua meação pelas dívidas contraídas pelo outro *em benefício da família*. Trata-se de norma que pode ser extraída, dentre outros dispositivos do CC/02, de seus arts. 1644 (relativo à aquisição de “coisas necessárias à economia doméstica”), 1663, § 1.º (concernente às dívidas contraídas na “administração do patrimônio comum”) e 1666 (respeitante às obrigações assumidas “para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal”).

Vale notar que é rica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à

aplicação desta regra, com importantes reflexos na distribuição do ônus da prova quanto à demonstração de ter sido a dívida contraída, ou não, em benefício da família.

Entende-se, por exemplo, haver presunção relativa de que são em benefício da família as dívidas assumidas por um dos cônjuges ou companheiros na constância do casamento, sendo, portanto, do consorte que tenha um bem próprio ou de sua meação atingido o ônus de provar o contrário.<sup>85</sup> A mesma ideia vale, ainda, para as dívidas decorrentes de aval prestado em favor de empresa de que é sócio o cônjuge ou companheiro.<sup>86</sup>

Por outro lado, as dívidas decorrentes de ato ilícito praticado por um dos cônjuges ou companheiros apenas atingirão os bens próprios ou da meação do outro se o credor comprovar que o ilícito tenha se revertido a seu favor,<sup>87</sup> na linha, inclusive, da exclusão indicada pelo art. 1659, IV, do CC/2002.<sup>88</sup> É a mesma, ainda, a orientação em relação à responsabilidade pessoal por dívidas tributárias de sociedade integrada por um dos cônjuges.<sup>89</sup>

É importante deixar claro, neste ponto, que todas as vezes em que seja necessário passar pelo procedimento cognitivo em relação ao cônjuge ou companheiro que assumiu a dívida em nome próprio (pela inexistência de título executivo extrajudicial ou de qualquer outro requisito exigido para promover diretamente a execução), é imprescindível que seja o seu consorte também citado como réu para que o cumprimento de sentença possa, no futuro, atingir os seus bens próprios ou de sua meação. Neste sentido, o art. 73, § 1.º, III impõe a formação de *litisconsórcio passivo necessário* entre os cônjuges ou companheiros<sup>90</sup> para a ação “*fundada em dívida contraída por um dos cônjuges a bem da família*”.<sup>91</sup>

Nestes casos, sendo ambos os cônjuges ou companheiros citados como réus na fase cognitiva, deverão se defender em relação a todos os aspectos concernentes ao débito ou à sua responsabilidade patrimonial em sede de contestação. Caberá, assim, ao consorte que não contraiu a obrigação, além de questionar o próprio débito, demonstrar, se for este o caso, que a dívida não beneficiou a família, desincumbindo-se do ônus a que acima se aludiu.

Tendo sido ambos os cônjuges ou companheiros condenados na fase de conhecimento, poderá, então, o cumprimento de sentença ser promovido em face dos dois, que poderão se opor por meio de impugnação ou de outras técnicas defensivas porventura cabíveis. Neste caso, sendo parte desde o início do processo, não caberá ao cônjuge ou companheiro se valer de embargos de terceiro a fim de questionar a sua responsabilidade patrimonial, que, inclusive, já terá sido definida no procedimento cognitivo.<sup>92</sup>

Por outro lado, não tendo sido o cônjuge ou companheiro apontado como réu já na fase de conhecimento, o cumprimento da sentença condenatória porventura proferida em desfavor de seu consorte<sup>93</sup> não poderá alcançar os seus bens próprios ou de sua meação.<sup>94</sup> Caso isto ocorra, então, caberá, ao cônjuge que não integra a relação processual, se defender pela via dos embargos de terceiro, nos termos do art. 674, § 2.º, I, do CPC/2015.

Vale notar que, nesta hipótese, a sentença proferida sem a presença de um dos cônjuges ou companheiros é *ineficaz* em relação a ele (CPC/2015, art. 115, II), já que, no caso, o *litisconsórcio*, embora necessário, seria simples, e não unitário. Não há, portanto, que se falar em nulidade do provimento condenatório, que poderá ser efetivado em face do cônjuge ou companheiro que integrou a relação processual, sendo, porém, *inoponível* ao outro.<sup>95</sup>

Diferente disso, porém, é o que ocorre com a execução de títulos executivos extrajudiciais, em que não há que se falar, ao menos de início, na existência de *litisconsórcio necessário* entre os cônjuges ou companheiros. Poderá a demanda, assim, ser proposta apenas em face daquele consorte que conste como devedor no título executivo. Apenas em caso de penhora de bem imóvel é que, como visto, deverá ser obrigatoriamente intimado (=“citado”) o cônjuge ou companheiro que até então não figurava no processo, formando-se, a partir daí, *litisconsórcio necessário* ulterior.

Ainda assim, mesmo que não tenha sido citado, poderá o cônjuge ou companheiro do devedor

ter um bem próprio ou de sua meação lícitamente atingido pelos atos executivos. Neste caso, terá ele, então, a possibilidade de se defender por dois meios distintos, a depender do fundamento de sua oposição: caso pretenda demonstrar a ausência de sua responsabilidade patrimonial – alegando, por exemplo, que a dívida não se reverteu em favor da família –, deverá se valer de embargos de terceiro, nos termos do art. 674, § 2.º, I, do CPC/2015; se, por outro lado, sem negar a sua responsabilidade patrimonial, pretender se contrapor à própria dívida, ou deduzir qualquer questão concernente à execução, deverá se valer de embargos do executado ou de impugnação ao cumprimento de sentença. Vale lembrar que, como visto, esta dupla legitimidade do cônjuge ou companheiro subsiste mesmo nos casos em que ele tenha sido intimado (=“citado”) da penhora de bem imóvel nos termos do art. 842.

É importante deixar claro, ainda, que, mesmo nos casos em que o cônjuge ou companheiro do executado não responda patrimonialmente pela dívida, tendo sido penhorado *bem indivisível do casal* – móvel ou imóvel –, o equivalente à sua quota parte “recairá sobre o produto da alienação do bem” (CPC/2015, art. 843). Quer isso dizer que o fato de o cônjuge ou companheiro ter direito a uma parte ideal do bem indivisível *não impede* que seja ele levado à expropriação executiva *por inteiro*. A execução, portanto, não recairá apenas sobre a fração ideal do executado, mas alcançará a totalidade do bem, tendo, o consorte do executado, direito a uma parte do produto de sua alienação.

O intuito da norma – que, neste ponto, repete o que constava do art. 655-B do CPC/1973<sup>96</sup> – é evitar os inconvenientes que a expropriação tão somente da quota-parte pertencente ao executado acarretaria, com a formação de um condomínio entre o seu cônjuge ou companheiro e o terceiro adquirente do bem. É de se considerar, ainda, as dificuldades inerentes à alienação judicial da fração ideal do executado, com o presumível menor interesse de terceiros em arrematar o bem, que, quando não resultasse na inexistência de licitantes, poderia levar a lances em valores inferiores ao esperado, o que atentaria a um só tempo contra a efetividade da tutela executiva e contra o postulado da menor onerosidade possível.

Nestes casos, o CPC/2015 dá a entender que não seriam cabíveis os embargos de terceiro propostos pelo cônjuge ou companheiro a fim de resguardar a sua quota-parte, já que o art. 674, § 2.º, I, ao outorgar-lhe legitimidade para utilizar-se daquela via, ressalva “o disposto no art. 843”.

Não nos parece, entretanto, que seja esta a melhor interpretação: nestas situações, na linha do que já se entendeu à luz do sistema do CPC/1973, os embargos de terceiro são, sim, admissíveis, mas não têm o condão de desfazer a constrição que tenha recaído sobre o bem, produzindo, apenas, o “efeito de suspender o curso da execução após a arrematação e apenas em relação à meação do cônjuge embargante”.<sup>97</sup>

Trata-se de constatação importante se considerado, como visto, que, em regra, presumem-se em benefício da família as dívidas contraídas na constância do casamento. Os embargos, portanto, se prestariam justamente para que fosse comprovado o contrário e, assim, que ficasse demonstrada a ausência de responsabilidade patrimonial do cônjuge ou companheiro. Deste modo, ficaria resguardada a sua quota-parte, evitando que, após a arrematação, possa haver o levantamento total da quantia.

Nos termos do art. 843, § 1.º, fica clara, ainda, a existência de direito de *preferência* do cônjuge ou companheiro na arrematação do bem em igualdade de condições com outros licitantes, norma que o Código repete ao tratar da *adjudicação* (art. 876, § 6.º) e da *alienação judicial* (art. 892, § 2.º).<sup>98</sup>

Por fim, ainda, no intuito de resguardar os direitos do cônjuge ou do companheiro nos casos de expropriação de bem indivisível, é de se elogiar a inovação constante do § 2.º do art. 843, que proíbe que a expropriação se dê por preço inferior ao da avaliação caso o valor seja insuficiente para garantir o pagamento da quota-parte do consorte do executado, calculada “sobre o valor da avaliação”. Insere-se, o dispositivo, no mesmo contexto do art. 836 do CPC/2015, segundo o qual não se deve penhorar determinado bem “quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”.

#### 6.2.2.4. Fraudes patrimoniais (CPC/2015, art. 790, V e VI)

Estabelece, o art. 790, a responsabilidade dos bens “alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução” (inc. V). Na sequência, fala, ainda, da possibilidade de expropriação de bens “cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores” (inc. VI), hipótese não mencionada expressamente no art. 592 do CPC/1973.

Ainda que o tema das fraudes patrimoniais vá ser objeto de nossas atenções em capítulo próprio,<sup>99</sup> é importante, neste momento, inseri-lo no quadro mais geral das hipóteses de responsabilidade executiva secundária.

Neste ponto, vale deixar claro que tanto a fraude à execução quanto a fraude contra credores se caracterizam pelo fato de o sujeito responsável alienar ou gravar com ônus real um bem de sua propriedade para, com isso, furta-lo da possibilidade de sofrer atos de expropriação executiva. A diferença entre as figuras, como veremos, é que a fraude contra credores configura-se quando ao tempo do ato de dilapidação patrimonial não existia qualquer processo ajuizado em face do devedor, ao contrário da fraude à execução, que pressupõe, como se extrai do art. 792 do CPC/2015, a existência de litispendência.

Como será no seu tempo demonstrado, em ambas as hipóteses o ato de alienação do bem é ineficaz em relação à execução, não havendo que se falar em sua anulação. Quanto à fraude à execução, é o que se encontra agora expresso no art. 792, § 1.º; já em relação à fraude contra credores, a despeito do art. 790, VI, do CPC/2015 dar a entender que seria o caso de anulabilidade, a hipótese também é de ineficácia relativa.<sup>100</sup>

Falar, neste ponto, em ineficácia relativa, significa que, apesar de permanecer válida entre o alienante (devedor) e o adquirente (terceiro), a transferência de titularidade do bem não é capaz de evitar que a execução possa sobre ele recair. Trata-se, portanto, de típica hipótese de responsabilidade sem dívida própria (secundária), na medida em que se permite a expropriação de bem que foi validamente transferido ao patrimônio do terceiro adquirente.<sup>101</sup>

Há, é certo, autores que, mesmo assumindo que a hipótese é de ineficácia relativa, entendem que o caso seria de responsabilidade do devedor, vez que, reconhecida a fraude, o bem, *para fins de execução*, integraria o patrimônio do próprio obrigado.<sup>102</sup> Não é esta, entretanto, a forma mais acertada de enxergar a questão: falar em ineficácia relativa significa admitir que, de fato, o bem é transferido ao patrimônio do terceiro, mas que, a despeito disso, não está imune à expropriação executiva.

Não se trata, assim, de entender que entre as partes do negócio jurídico houve a transferência de titularidade do bem, mas que para terceiros este permanece sob a propriedade do devedor. Tal ideia, a nosso ver, traduz certo artificialismo verdadeiramente desnecessário: basta que, como dissemos, se entenda que, sendo válido o ato de alienação, o bem passou a ser de titularidade do adquirente, mas que isso não impede que a execução sobre ele recaia, justamente para não prejudicar os interesses do credor. Além disso, o raciocínio não explicaria a razão pela qual, como veremos, havendo saldo de execução, este se reverterá em favor do adquirente do bem expropriado, e não do alienante.

Diferente, porém, seria o entendimento se, de fato, a hipótese fosse de anulabilidade do negócio jurídico. Neste caso, anulado o ato de alienação, seria ele tolhido de todo e qualquer efeito, inclusive o de transferir o bem ao patrimônio do adquirente. Desta forma, o bem retornaria à propriedade do devedor alienante e, assim, a execução sobre ele recairia a título de responsabilidade primária.<sup>103</sup>

#### 6.2.2.5. Desconsideração da personalidade jurídica (CPC/2015, art. 790, VII)

Por fim, o art. 790, VII do CPC/2015 menciona a possibilidade de a execução atingir os bens “do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica”.

Na linha do que já se disse, é distinto o patrimônio das pessoas jurídicas e de seus sócios. Àquelas, a lei atribui personalidade jurídica diversa da dos indivíduos que as compõem, capacitando-as, portanto, de serem titulares de direitos e obrigações próprios.<sup>104</sup> Por tal razão, em regra, a pessoa jurídica não responde pelas obrigações contraídas por seus sócios, assim como estes não respondem por dívidas daquela.

Em certas situações, contudo, sobretudo em casos nos quais esta autonomia seja utilizada de modo abusivo, por meio de atos fraudulentos caracterizados “pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial” (CC/2002, art. 50), é possível que a personalidade jurídica seja desconsiderada, de modo a permitir que o sócio responda por dívidas da pessoa jurídica (*desconsideração direta*) ou, ao contrário, que esta responda por obrigações dos sócios (*desconsideração inversa*).

Não se trata, vale dizer, de extinção ou dissolução da pessoa jurídica, ou tampouco de tornar devedor sujeito que inicialmente não o era. O que ocorre, na verdade, é a extensão da responsabilidade patrimonial ao sócio pela dívida da pessoa jurídica, ou, na hipótese inversa, à pessoa jurídica por débito do sócio.

Nestes casos, então, a hipótese será, nitidamente, de *responsabilidade patrimonial secundária*, na medida em que bens de sujeito alheio à obrigação – o sócio, na desconsideração direta; a pessoa jurídica, na desconsideração inversa – poderão sofrer atos de expropriação executiva em decorrência de seu inadimplemento.<sup>105</sup>

A grande novidade do CPC/2015 a este respeito é a previsão da *forma processual* que necessariamente deve ser seguida a fim de que se possa chegar à desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137). Trata-se, como dissemos, de procedimento que visa a garantir a observância do *contraditório* em favor do sujeito cujo patrimônio se pretende atingir, oportunizando que seja discutida a presença, ou não, dos requisitos necessários à excussão de seus bens.

Neste ponto, vale lembrar que, à luz do sistema do CPC/1973, não existindo qualquer previsão legal do procedimento que deveria ser seguido para a aplicação da *disregard doctrine*, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendia que a personalidade jurídica poderia ser desconsiderada no curso do procedimento executivo, *sem contraditório prévio do sócio ou da pessoa jurídica*. A este, então, caberia se defender por meio de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento de sentença, muitas vezes apenas após a ocorrência de constrição sobre algum de seus bens. Tratava-se, portanto, de prática em total desarmonia com a garantia do contraditório.<sup>106-107</sup>

Já no sistema do CPC/2015, vale reforçar que a prévia observância do incidente é, nos termos do art. 794, § 4.º, *obrigatória* para que se possa chegar à desconsideração da personalidade jurídica. Caso contrário, tendo qualquer constrição recaído sobre bem de sua propriedade sem que tenha sido seguido aquele procedimento, pode o sócio – ou a pessoa jurídica – se valer de embargos de terceiro como forma de desfazer o ato (art. 674, § 2.º, III).

É de se lembrar, ainda, que, como dissemos, o incidente previsto no CPC/2015 garante a observância do contraditório não apenas no que tange à verificação da presença dos requisitos necessários à desconsideração, mas, ainda, permite que o sócio ou a pessoa jurídica discuta questões relativas à dívida principal. Além disso, resulta na integração do responsável à relação processual executiva na qualidade de parte – por isso, aliás, é tratada pelo Código como modalidade de intervenção de terceiro –, dando-lhe a possibilidade de participar do processo e, assim, controlar a regularidade dos atos nele praticados.

É importante notar que a pretensão à desconsideração da personalidade jurídica, seja ela exercida em caráter incidental ou inicial, representa verdadeiro exercício de direito de ação, por meio do qual se deduz *pedido* em face do sócio ou da pessoa jurídica, resultando, portanto, numa ampliação do objeto do processo.<sup>108</sup> Cuida-se, segundo nos parece, de pedido de natureza *constitutiva*, na medida em que visa à imposição de responsabilidade patrimonial a um sujeito que



inicialmente não a tinha.<sup>109</sup>

Como faz questão de deixar claro o art. 133, § 1.º, do CPC/2015, os requisitos que devem estar presentes para que possa ocorrer a desconsideração são aqueles previstos pela legislação, cabendo, ao Código de Processo Civil, regular apenas o procedimento a ser seguido para que se possa validamente aplicar o instituto.

De toda sorte, vale mencionar que, nos termos do art. 50 do CC/2002, a desconsideração pressupõe, em geral, que exista “*abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*”. Em regra, portanto, não basta o simples inadimplemento por parte do devedor, ou, ainda, a insuficiência de seu patrimônio para a satisfação de seus débitos, sendo necessário ficar demonstrado que a autonomia patrimonial tenha sido por ele fraudulentamente utilizada como meio de se furtar ao cumprimento das obrigações.<sup>110</sup>

Quando, entretanto, se estiver diante de relação de consumo, o art. 28, § 5.º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) permite que haja a desconsideração sempre que a personalidade jurídica seja “*de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*”. Deste modo, conforme interpretação atualmente pacífica na jurisprudência do STJ, basta, para a aplicação da *disregard doctrine* nestes casos, que o patrimônio da pessoa jurídica seja insuficiente para o pagamento do débito.<sup>111</sup> Fala-se, então, na chamada *teoria menor* da desconsideração, em contraposição à *teoria maior*, referente aos casos em que é necessária a comprovação do abuso.

Também na seara do direito ambiental é desnecessária a comprovação de atos de fraude: nos termos do art. 4.º da Lei 9.605/1998, pode o patrimônio dos sócios ser atingido por débitos da pessoa jurídica “*sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*”, aplicando-se, portanto, a teoria menor, como entende a jurisprudência do STJ.<sup>112</sup>

Já nos termos da Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (conhecida como “lei do Cade”), a desconsideração da personalidade jurídica pressupõe, nos termos do *caput* do art. 34, a presença de atos de fraude, ao exigir “*abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*”. Na forma, entretanto, do parágrafo único do mesmo art. 34, a desconsideração pode ocorrer nos casos de “*falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica*”, desde que estes decorram de “*má administração*”.

De todo modo, qualquer que seja a hipótese legal, para que possa ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica, é essencial, como se disse, que seja seguido o procedimento previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/2015.

Vale dizer, primeiramente, que nem sempre a desconsideração se dará, verdadeiramente, por meio de incidente processual: tendo sido requerida na *petição inicial* – seja em fase de conhecimento, seja em ação de execução de título extrajudicial<sup>113</sup> –, como permite o art. 134, § 2.º, o sócio ou a pessoa jurídica cujo patrimônio se pretenda atingir será citado em litisconsórcio juntamente com o devedor. Não haverá, portanto, intervenção de terceiro, já que o responsável integrará a relação processual desde o início do processo.

Uma vez citado como réu, caberá, ao sócio ou à pessoa jurídica cujo patrimônio se pretenda atingir, se defender pelos mesmos meios franqueados às partes. Poderá, assim, oferecer contestação ou embargos do executado – a depender, é claro, de se tratar de fase de conhecimento ou ação de execução de título extrajudicial –, em que lhe será permitido não apenas se insurgir contra a desconsideração da personalidade jurídica, mas também em relação à própria obrigação.

Nos casos em que for requerida na *petição inicial* da fase de conhecimento, não havendo incidente, a decisão quanto à desconsideração da personalidade jurídica deverá ocorrer, a priori, juntamente com o julgamento do pedido condenatório deduzido em face do devedor, na sentença a ser proferida ao final do procedimento em primeiro grau de jurisdição.

Nada impede, contudo, que, estando a questão relativa à desconsideração apta a ser decidida de imediato – pela desnecessidade de qualquer outra prova além daquelas que porventura constem dos autos –, o juiz se utilize da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito (CPC/2015, art. 356) para resolvê-la antes do pedido condenatório concernente à dívida.<sup>114</sup> Nestes casos, nos termos do art. 203, § 2.º, o julgamento se dará por meio de *decisão interlocutória*, contra a qual caberá o recurso de agravo de instrumento, como deixam claro o art. 356, § 5.º e o art. 1.015, II.<sup>115</sup>

Deve-se atentar, neste ponto, para o fato de que, como dito, a pretensão à desconsideração da personalidade jurídica deduzida em face do responsável leva a uma cumulação de pedidos, permitindo, portanto, a fragmentação do julgamento do mérito.<sup>116</sup> Nos casos de desconsideração, segundo nos parece, a utilização da técnica será de grande proveito especialmente em situações nas quais o sócio ou a pessoa jurídica cujo patrimônio se pretende atingir consiga demonstrar, de plano, a inexistência dos pressupostos que autorizam a desconsideração, permitindo, o art. 356 do CPC/2015, que seja ele desde logo excluído da relação processual.

Nas demais hipóteses, sempre que a desconsideração da personalidade jurídica for requerida no curso do processo, deverá ser processada, ao menos de início, por meio de *incidente processual*, que, como deixa claro o art. 134, *caput*, “*é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial*”.

Antes de prosseguir, é importante deixar claro que, consistindo no exercício do direito de ação – afinal, trata-se da formulação de pedido em face do responsável –, o incidente não poderá, em hipótese alguma, ser iniciado de ofício pelo juiz,<sup>117</sup> estando sujeito à iniciativa da parte ou do Ministério Público<sup>118</sup> (CPC/2015, art. 133, *caput*).

Para que seja apto a permitir a instauração do incidente, é necessário que o requerimento observe alguns dos requisitos exigidos para as petições iniciais das demandas em geral, especialmente aqueles relativos à qualificação do responsável, aos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, além do próprio pedido, e à indicação das provas com as quais o demandante pretende demonstrar suas alegações fáticas caso estas se tornem controvertidas (CPC/2015, art. 319, II, III, IV e VI).

De acordo, ainda, com o art. 134, § 4.º, no requerimento deverá ficar demonstrado o “*preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica*”.

É importante deixar claro, entretanto, que, para a admissão do incidente, não é necessário que o requerente *comprove* sequer minimamente, já neste momento, estarem presentes os requisitos exigidos pela lei para que possa haver a desconsideração.<sup>119</sup> Afinal, haverá, no curso do incidente, a oportunidade de produção das provas que se fizerem necessárias para a demonstração dos fatos pertinentes à questão, como deixa claro o *caput* do art. 136. Na verdade, assim como ocorre com as demandas cognitivas em geral, o único meio de prova que deve ser produzido já de início é a prova documental.

Assim, o que se exige do autor no requerimento é a *afirmação* da ocorrência de situação fática que, de acordo com a lei (CC/2002, art. 50; CDC, art. 28 etc.), poderia levar à desconsideração da personalidade jurídica.<sup>120</sup> Trata-se, portanto, simplesmente de se deduzir, naquele momento, a *causa de pedir* da pretensão à desconsideração, requisito que, na verdade, é descrito pelo art. 319, III, quando exige a indicação dos “*fatos e fundamentos jurídicos do pedido*”.

Portanto, para fins de admissibilidade do incidente, o juiz deverá se utilizar do *método da asserção* na atividade cognitiva de investigação do preenchimento dos “*pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica*” (art. 134, § 4.º): deverá, assim, verificar se, de acordo com as assertivas deduzidas pelo autor no requerimento, a instauração do incidente é adequada para a tutela daquela situação concreta.<sup>121</sup>

Recebido, assim, o requerimento, o juiz deverá, antes de tudo, realizar *juízo de admissibilidade* para a instauração do incidente. Em caso negativo, a hipótese será de rejeição liminar do incidente, por meio de decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo de instrumento na

forma do art. 1.015, IV. Não é demasiado lembrar, entretanto, que, sendo sanável o vício contido no requerimento, o juiz deverá, antes da rejeição, intimar o autor para corrigi-lo no prazo de quinze dias, nos termos do art. 321 do CPC/2015, perfeitamente aplicável à espécie tendo em vista, sobretudo, a diretriz que consta do art. 317.

Nada impede, ainda, que o pedido de descon sideração seja julgado *liminarmente improcedente* quando estiver presente qualquer das situações descritas no art. 332 do CPC/2015.<sup>122</sup> Nestes casos, mais uma vez, se estará diante de decisão interlocutória de mérito, contra a qual será cabível o recurso de agravo de instrumento por força do art. 1015, IV, e não o recurso de apelação, como parecem indicar os §§ 2.º a 4.º do art. 332.

Não sendo o caso de indeferimento do requerimento por defeito de forma, e tampouco de improcedência liminar do pedido, estando presentes os requisitos acima vistos, o juiz proferirá *decisão* decretando a instauração do incidente, a partir da qual três providências distintas devem ser adotadas.

Em primeiro lugar, nos termos do art. 134, § 1.º, a instauração do incidente deve ser comunicada de imediato ao distribuidor, para as anotações devidas. A medida se justifica pelo fato de que como dito, o incidente provoca a intervenção do suposto responsável no processo, que passa a dele ser parte desde o momento em que é citado. É necessário, assim, sobretudo para a ciência de terceiros, que seja tal fato tornado público por meio das anotações devidas junto ao distribuidor, permitindo a expedição de certidões com esta informação quando solicitado.

De acordo, ainda, com o art. 134, § 3.º, do CPC/2015, a instauração do incidente provoca a suspensão do processo. Vale alertar, entretanto, que o caso, aqui, é de suspensão imprópria do processo, na medida em que apenas o procedimento principal terá seu curso obstado, já que, por razões óbvias, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica deve prosseguir.<sup>123</sup> A suspensão, vale dizer, cessa com a decisão no incidente, não perdurando em caso de interposição de recurso.<sup>124</sup>

Por fim, instaurado o incidente, o suposto responsável deve ser devidamente *citado* para se manifestar em quinze dias, momento em que deverá requerer as provas cabíveis (CPC/2015, art. 135), além os documentos que pretenda ver analisados.

A manifestação a que alude o art. 135 tem, para o responsável, o papel de verdadeira contestação, razão pela qual é neste ato que ele deverá deduzir toda a matéria defensiva, não apenas quanto ao pedido de descon sideração, como também em relação à dívida principal, na linha do que sustentamos acima.<sup>125</sup>

Pode-se dizer, deste modo, que a não apresentação de “manifestação” por parte do sócio ou da pessoa jurídica faz com que fique configurada a sua revelia, e, portanto, que sejam considerados verdadeiros os fatos narrados no requerimento de descon sideração (CPC/2015, art. 344), exceto, é claro, se estiver presente alguma das excludentes previstas no art. 345. Na mesma linha de raciocínio, serão considerados incontroversos os fatos que não forem objeto de impugnação específica nos termos do art. 341.

Colhida a manifestação do responsável e, se for o caso, oportunizada a apresentação de réplica pelo requerente, terá início, sendo isso necessário, a fase de produção das provas aptas à demonstração dos fatos pertinentes ao pedido de descon sideração que, em seguida, deverá ser devidamente resolvido pelo juiz por meio de decisão interlocutória (art. 136), contra a qual será cabível recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, IV). Caso, entretanto, tenha sido o incidente instaurado perante tribunal, seu julgamento é atribuição do relator (art. 932, VI), que o fará por meio de decisão monocrática, que desfiará o recurso de agravo interno (art. 136, parágrafo único).

Não há dúvidas de que, ao julgar pedido deduzido pelo autor em face do sócio ou da pessoa jurídica, a decisão do incidente caracteriza-se como sendo *de mérito* (art. 487), capaz, portanto, de se tornar imutável e indiscutível pela autoridade da coisa julgada material (art. 502),<sup>126</sup> dentro de seus limites objetivos (art. 503) e subjetivos (art. 506).<sup>127</sup>

Isso significa, ao menos entre as partes, que, uma vez que a decisão tenha se tornado irrecurável, a questão relativa à desconsideração não poderá voltar a ser discutida com base na *mesma causa de pedir* anteriormente deduzida. Poderá, entretanto, ser objeto de ação rescisória, a partir da alegação de quaisquer dos vícios descritos no art. 966 do CPC/2015.

É importante deixar claro, porém, que, mesmo entre as partes, a decisão a respeito da desconsideração da personalidade jurídica – e, portanto, a coisa julgada que sobre ela se forma – apenas se refere à específica dívida que seja discutida no processo. Isso, porque, nos termos do art. 50 do CC/2002, a desconsideração permite que sejam estendidos ao sócio ou à pessoa jurídica os “efeitos de *certas e determinadas relações de obrigações*”. Trata-se, portanto, de tornar patrimonialmente responsável um sujeito para uma específica relação obrigacional.

O credor não poderá, portanto, se valer da decisão que tenha decretado a desconsideração da personalidade jurídica em outro processo em que esteja em jogo dívida distinta. Por outro lado, a rejeição do pedido de desconsideração não impede que, posteriormente, em relação a outro débito, o mesmo credor pretenda imputar responsabilidade ao mesmo sócio ou à mesma pessoa jurídica.

Esta é uma constatação que decorre, sobretudo, do conteúdo da decisão de mérito proferida no incidente. Como se disse, a pretensão à desconsideração – e, portanto, a decisão a seu respeito – se refere, sempre, a uma específica obrigação, restringindo-se, portanto, caso acolhida, a estender a responsabilidade pelo seu descumprimento ao sócio ou à pessoa jurídica. O que faz a coisa julgada, quando formada, é tornar imutável este específico comando, não tendo o condão de estendê-lo a outras relações obrigacionais não abrangidas pela decisão.

Também não se deve imaginar que a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, prevista pelo art. 503, § 1.º do CPC/2015, teria o condão de tornar imutáveis e indiscutíveis a má-fé, a fraude, ou qualquer dos outros requisitos necessários à desconsideração, porque, não configurando relação jurídica autônoma – mas, apenas, pressupostos para a aplicação da *disregard doctrine* –, tais elementos contidos na motivação da sentença não são aptos a adquirirem a autoridade de coisa julgada.<sup>128</sup>

No que tange a seus efeitos, o acolhimento da pretensão à desconsideração da personalidade jurídica tem, como se disse, o condão de *tornar patrimonialmente responsável o sócio* – ou a pessoa jurídica, na desconsideração inversa – pela específica dívida que seja objeto da demanda, autorizando que seus bens sejam objeto dos atos inerentes à expropriação executiva.

No que se refere especificamente à responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade, é importante esclarecer que, nos casos desconsideração da personalidade jurídica, não há que se falar na possibilidade de invocação do benefício de ordem, tratado no art. 795, §§ 1.º e 2.º.<sup>129</sup>

Por fim, decretada a desconsideração da personalidade jurídica, qualquer ato de alienação ou oneração de bens que tenha sido praticado pelo responsável *a partir de sua citação* no processo (seja quando requerida de início, seja quando se dê por meio do incidente) pode, estando presentes os requisitos legais, caracterizar fraude à execução, tornando ineficaz o ato em relação ao requerente (CPC/2015, art. 137 c/c art. 792, § 3.º).

Vale dizer que, apesar de o art. 137 dar a impressão de que apenas as alienações ou onerações ocorridas posteriormente ao acolhimento do pedido de desconsideração poderiam configurar fraude à execução, sua interpretação à luz do art. 792, § 3.º e de todo o sistema de proteção às fraudes patrimoniais deixa claro que basta, para tanto, a citação do responsável além, é claro, da presença dos demais requisitos legais. Mais à frente, quando tratarmos da fraude à execução, voltaremos ao assunto.<sup>130</sup>

#### **6.2.2.6. Fiador (CPC/2015, art. 794)**

Hipótese em que se discute haver responsabilidade patrimonial de devedor ou de terceiro é aquela relativa ao contrato de fiança. Há, assim, quem entenda que o fiador, não estando envolvido na relação obrigacional, é responsável secundário, na medida em que a execução

poderia atingir os bens de sua propriedade como consequência do inadimplemento de dívida alheia.<sup>131</sup>

Não nos parece correto, entretanto, afirmar que o fiador seja, verdadeiramente, responsável secundário. Analisando, antes de tudo, o art. 818 do CC/02, vê-se que, pelo contrato de fiança, um sujeito (fiador) *se compromete perante o credor* a satisfazer uma obrigação assumida pelo devedor (afiançado), caso este não a cumpra.

O fato é que, se bem analisada a questão, o contrato de fiança resulta, *no plano do direito material*, na criação de uma *obrigação* entre o fiador e o credor, que, entretanto, é *acessória* à obrigação principal, havida entre credor e afiançado. Tratam-se, portanto, de *duas obrigações distintas*, originadas de fatos jurídicos diversos.<sup>132</sup>

Deste modo, a execução que se processa contra o fiador decorre de *responsabilidade por dívida própria*,<sup>133</sup> com a peculiaridade de que, sendo acessória, a obrigação fidejussória depende, para a sua existência, da existência e validade da obrigação principal. Do caráter acessório da fiança decorre, ainda, que ela tem, a priori, a mesma natureza e extensão da obrigação principal (CC/2002, art. 822); pode, contudo, ser menos extensa que esta, não se admitindo o contrário (CC/2002, art. 823).<sup>134</sup>

É importante deixar claro, neste ponto, que a obrigação fidejussória não depende, para seu nascimento, do inadimplemento da dívida principal. Surge ela, na verdade, desde o momento em que a fiança é prestada, o que pode ocorrer simultaneamente ao fato jurídico que origina a dívida principal, posteriormente, ou, até mesmo, anteriormente, já que o art. 821 do CC/2002 admite que seja afiançada dívida futura.<sup>135</sup> Prova disso é o fato de que a obrigação fidejussória pode ser objeto de pagamento antes do inadimplemento do débito principal e, ainda assim, o fiador sub-roga-se nos direitos do credor.<sup>136</sup>

Não é correto, portanto, afirmar que a *obrigação* fidejussória seja subsidiária à obrigação principal, já que, repita-se, desde o momento em que a fiança é prestada o fiador já se encontra na posição de devedor. O que se caracteriza como subsidiária, nos casos em que exista o benefício de ordem, é a *responsabilidade patrimonial* do fiador.<sup>137</sup> Isto é: quando existente e devidamente invocado o benefício de ordem, a execução só poderá recair sobre os bens do fiador diante da insuficiência do patrimônio do devedor principal para a satisfação dos interesses do credor.

De toda sorte, o contrato de fiança, como espécie de caução que é, caracteriza-se, nos termos do art. 784, V, do CPC/2015, como título executivo extrajudicial, tornando adequado, a priori, o processo de execução para a tutela do crédito fidejussório, sem a necessidade de prévia condenação do fiador em fase cognitiva.

Nem sempre, entretanto, será possível o manejo de ação de execução de título extrajudicial com base no contrato de fiança: para tanto, será necessária não apenas a existência do contrato de fiança, como, também, a presença dos requisitos ligados à certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação nele contida.<sup>138</sup>

De todo modo, estando presentes todos estes requisitos, a ação executiva pode ser movida diretamente em face do fiador, estando claro, no sistema do CPC/2015, que este tem legitimidade passiva para figurar como réu no processo de execução, qualquer que seja a modalidade de fiança (art. 779, IV).<sup>139</sup>

É importante ficar claro que, nestes casos, não há necessidade de que a execução também seja movida em face do devedor. Pode, o credor, optar por demandar isoladamente o fiador, não havendo, no caso, litisconsórcio passivo necessário entre ele o afiançado.<sup>140</sup> O que pode ocorrer, como se verá, é que seja o devedor posteriormente integrado à relação processual em decorrência da utilização do benefício de ordem pelo fiador, dando azo, então, a formação de litisconsórcio ulterior.

Por outro lado, não sendo possível o ajuizamento de ação de execução em face do fiador, será

necessária a sua prévia condenação em demanda cognitiva, para que, uma vez obtido título executivo judicial em relação a ele, possa a expropriação alcançar os seus bens.

Neste sentido, como visto, o art. 513, § 5.º do CPC/2015 proíbe que o cumprimento de sentença atinja o fiador que não tenha participado da fase de conhecimento. É inviável, portanto que, tendo sido condenado apenas o devedor principal, pretenda o credor, em caso de insuficiência do patrimônio deste para a satisfação do débito, que a execução seja redirecionada aos bens do garante. Nestes casos, será necessário obter a condenação do fiador em demanda cognitiva para que, apenas então, formado o título executivo judicial em relação a ele, seja possível proceder à expropriação de seus bens.

Não há dúvidas de que, também para a ação cognitiva, a legitimidade passiva do fiador independe da presença do devedor principal como demandado, não havendo, no caso, litisconsórcio necessário. Por isso, aliás, o art. 130, I, do CPC/2015 permite que o garante, uma vez citado, chame ao processo o afiançado, levando, também aqui, à formação de litisconsórcio ulterior.

Em regra, como se disse, a responsabilidade patrimonial do fiador é *subsidiária* em relação à do credor, já que os arts. 827 do CC/2002 e 794 do CPC/2015 lhe outorgam o chamado *benefício de ordem*, permitindo que, quando demandado, exija que sejam “*primeiro executados os bens do devedor*”.

Há hipóteses, entretanto, em que o fiador não faz jus ao benefício de ordem, não lhe sendo possível, portanto, exigir que a execução alcance bens do devedor antes dos seus. Isso ocorre, nos termos do art. 828 do CC/2002, quando o fiador houver *renunciado expressamente* ao benefício (inc. I), quando tenha *se obrigado como principal pagador ou devedor solidário* (inc. II), ou, ainda, em caso de *insolvência ou falência do devedor principal* (inc. III).

De todo modo, nos casos em que exista o benefício de ordem, seu exercício pressupõe que o fiador *indique à penhora* bens do devedor que, além de serem *livres e desembargados*, se situem na *mesma comarca em que tramita a execução*.<sup>141</sup> Entretanto, assim como em relação ao benefício de ordem exercido pelos sócios, parece-nos que pode o fiador nomear bens imóveis ou veículos do devedor principal que estejam situados em outra comarca, já que, nestes casos, a penhora ocorre por termo nos autos (CPC/2015, art. 845, § 1.º), não sendo necessária a utilização de carta precatória.

É importante reforçar que, assim como ocorre em relação ao sócio, o benefício de ordem não pode ser conhecido de ofício pelo juiz, devendo ser *alegado* pelo fiador na primeira oportunidade que tiver para se manifestar nos autos, sob pena de preclusão.

Assim, em se tratando de ação de execução de título extrajudicial, caberá ao fiador exercer o benefício de ordem – por meio da indicação de bens do devedor principal nas condições exigidas pelo art. 794, *caput*, do CPC/2015 – no prazo de *três dias contados de sua citação*, mesmo prazo que tem para pagar a dívida sob pena de penhora (CPC/2015, art. 829).<sup>142</sup>

É importante notar que é possível que, naquele momento, o exequente já tenha indicado bens do fiador a serem penhorados na forma do art. 798, II, *c* do CPC/2015. Caso, entretanto, o juiz aceite a nomeação de bens do devedor principal feita pelo fiador, a indicação feita pelo credor tornar-se-á sem efeito.

Caso o fiador tenha sido demandado isoladamente, e exerça eficazmente o seu benefício de ordem, é essencial que o devedor seja integrado à relação jurídica processual para que a execução possa atingir qualquer de seus bens.<sup>143</sup> Caberá ao juiz, então, determinar a sua citação para pagar a dívida em três dias, na forma do art. 829 do CPC/2015, antes de proceder à penhora de seus bens.

Quando, entretanto, não for o caso de execução de título extrajudicial, para que, no futuro, o fiador possa exercer o seu benefício de ordem em sede de cumprimento de sentença, deverá, ainda na fase cognitiva, se utilizar do *chamamento ao processo* (CPC/2015, art. 130, I) para fazer integrar

à relação processual o afiançado, caso este já não tenha sido incluído no feito como seu litisconsorte.<sup>144</sup>

Pode-se dizer, assim, que, na linha do que ocorre com o fiador, não pode o cumprimento de sentença ser promovido em face do devedor que não tiver participado da fase de conhecimento (CPC/2015, art. 513, § 5.º). O chamamento ao processo caracteriza-se, portanto, como verdadeiro ônus imposto ao fiador,<sup>145</sup> cujo descumprimento impede que, no futuro, venha ele a exercer o benefício de ordem.

Nestes casos, tendo o afiançado sido condenado juntamente com o fiador em fase de conhecimento, caberá, a este, para que possa exercer o benefício de ordem, nomear, no cumprimento de sentença, bens daquele observando os requisitos do art. 794 do CPC/2015. Deverá fazê-lo, como se disse, na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, o que ocorrerá quando for intimado para pagar o débito no prazo de quinze dias na forma do art. 523, *caput*, sob pena de multa e de honorários advocatícios (art. 523, § 1.º), e de penhora (art. 523, § 3.º).

Vale, neste ponto, a mesma observação feita anteriormente, no sentido de que a indicação de bens do fiador porventura feita pelo exequente nos termos do art. 524, VII do CPC/2015 será tornada sem efeito caso acolhida a nomeação de bens do devedor efetuada na forma do art. 794.

Por fim, o parágrafo único do art. 794, § 2.º do CPC/2015, operacionalizando o disposto no art. 831 do CC/2002 – segundo o qual o fiador, uma vez paga a dívida, fica sub-rogado nos direitos do credor -, possibilita, àquele, proceder nos mesmos autos à execução do devedor, haja ou não usufruído do benefício de ordem.<sup>146</sup>

Também aqui, todavia, em casos nos quais tenha havido a necessidade de se passar pela via do processo de conhecimento, a viabilidade de que o fiador que paga a dívida execute, na condição de sub-rogado, o afiançado nos autos do mesmo processo na forma do art. 794, § 2.º, pressupõe que tenha ele, anteriormente, se utilizado do chamamento ao processo a fim de que obtenha, assim, título executivo contra o devedor, nos termos do art. 132 do CPC/2015.<sup>147</sup> Caso contrário, não tendo se desincumbido daquele ônus, o garante terá de se valer de ação de conhecimento a fim de exercitar o seu direito de regresso.

#### **6.2.2.7. Espólio e herdeiros (CPC/2015, art. 796)**

Encerrando o capítulo do Código destinado a nosso objeto de estudo, trata, o art. 796, da responsabilidade patrimonial nos casos de falecimento do devedor.

Muito embora, nos termos do art. 1.748 do CC/02, a transmissão dos bens deixados pelo *de cuius* ocorra desde o momento do falecimento (abertura da sucessão), a verdade é que, enquanto não especificado o quinhão que cabe a cada um dos herdeiros, a herança permanece como um *todo unitário e indivisível* (CC/02, art. 1.791). É, assim, o espólio, quem responde pelas dívidas do falecido até o momento da partilha.

Realizada a partilha, passam, então, os herdeiros a responder pelas dívidas do *de cuius*. Esta responsabilidade se dá, nos termos do art. 796 do CPC/2015, *na proporção* do que coube a cada um deles, o que significa que o percentual das dívidas do falecido por que responderão individualmente dependerá do quinhão que receberam. Além disso, como agora deixa claro o CPC/2015, os herdeiros só respondem “dentro das forças da herança”.<sup>148</sup> Trata-se da consagração da responsabilidade *intra vires hereditatis*, já prevista no art. 1792 do CC/2002.

Importante dizer, ainda, que tal regra *não* significa que *apenas os bens herdados* estejam sujeitos a responder pela dívida, mas, tão somente, que tal responsabilidade se dá *nos limites* do que foi transmitido. Dessa forma, se, por exemplo, alguns dos bens herdados perecerem, forem alienados a terceiros, ou se tornarem impenhoráveis, poderão ser atingidos bens particulares do herdeiro.<sup>149</sup>

Trata-se, portanto, de hipótese clara de responsabilidade secundária, na medida em que há a

possibilidade de se atingir qualquer bem integrante do patrimônio responsável dos herdeiros por dívidas assumidas pelo *de cuius*.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

*Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. n. 39, p. 95-97.

---

2

Sobre o tema, vale a leitura de artigo de Rodrigo Mazzei: “Observações sobre a penhora envolvendo o direito de superfície (e outros direitos reais imobiliários) no Projeto do Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*, n. 228. São Paulo: Ed. Ed. RT, 2014. O assunto foi brevemente mencionado ainda, sob enfoque distinto, no item n. 2.4.1, *supra*.

---

3

“Com efeito, o art. 807 [791] indica de forma clara que as figuras (e esferas jurídicas) do proprietário do imóvel e do superficiário são distintas e que tal diferenciação detém efeitos na execução” (MAZZEI, Rodrigo Reis. “Observações sobre a penhora...”, p. 174).

---

4

Apesar de a redação do art. 791, *caput*, dar a entender que a regra se aplicaria apenas aos casos em que executado (titular do direito de propriedade ou de superfície) seja o *devedor* (“se a execução tiver por objeto *obrigação de que seja sujeito passivo* o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário (...))”, parece claro que o dispositivo incide, igualmente, a casos em que o *responsável secundário*, executado, seja titular de alguma daquelas situações, já que visa a evitar que o patrimônio de sujeito que não é o executado (devedor, ou não) seja atingido pela execução. Dessa forma, se bem analisado, o dispositivo não se insere, apenas, no contexto da responsabilidade primária.

---

5

Súmula 308/STJ: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

---

6

A regra se aplica ainda que o comprador não tenha adquirido o título de propriedade do bem (OLIVEIRA, Guilherme Peres de. “Comentários aos arts. 855 a 869”. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1974). De qualquer forma, pode-se dizer que, nestes casos, protege-se seu patrimônio, evitando a perda do direito pessoal resultante da promessa de compra e venda.

---



7

Neste sentido, vale a leitura das palavras de Flávio Yarshell: “Não compete ao Judiciário alargar as hipóteses legais de desvinculação entre débito e responsabilidade. Essa ruptura, se e quando desprovida de fundamento legal, é nociva e traz sério risco à segurança que deve presidir as relações jurídicas. Que as hipóteses previstas em lei sejam aplicadas com efetividade. Mas que esse seja o limite. Fora daí, o processo se desvirtuará e enveredará para o arbítrio. Não teremos um processo civil melhor encontrando um responsável patrimonial a qualquer preço” (“Ampliação da responsabilidade patrimonial: caminho para solução da falta de efetividade da execução civil brasileira?”. *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem a Araken de Assis*. Coord.: Arruda Alvim [et al.]. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 404).

---

8

“Esses terceiros não são partes na execução; apesar disso suportam suas consequências, não podendo subtrair seus bens ao destino que os aguarda. Denominamos a posição destes terceiros de responsabilidade executória secundária. (...) Os terceiros que virem seus bens injustamente apreendidos por um dos títulos aqui enumerados poderão defender-se com embargos de terceiro” (*Processo de execução*, p. 96-97).

---

9

Neste sentido, mencionando expressamente o pensamento de Liebman: LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 420; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 60; e *Manual de direito processual civil*, vol. IV. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 83-84; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 3. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 269-270.

---

10

Dentre outros: ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 235-236; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, n. 1402, p. 155-157; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 331-335; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. II. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 164.

---

11

A nosso ver, portanto, é equivocada o raciocínio de Rogério Licastro Torres de Mello, ao afirmar que “volvendo a atenção ao processo de execução, podemos considerar que terceiros são aqueles que contra si não tenham nenhum dispositivo jurídico a respaldar uma invasão patrimonial a seu desfavor, ou uma coação executiva outra, em decorrência de determina execução em tramitação” (*Responsabilidade executiva secundária: a execução em face do sócio, do cônjuge, do fiador e afins*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 138). Ao que parece, ao se referir aos terceiros, o autor está falando, na verdade, dos sujeitos que não detém legitimidade passiva para o processo de execução. Assim, na linha do que dissemos acima, um sujeito que fosse citado no processo executivo, ainda que sem qualquer autorização legal para tanto, não seria terceiro em relação ao processo, mas, na verdade, parte, embora ilegítima.

---

12

“Por três modos distintos se adquire a qualidade de parte: a) pela propositura da *demanda* (quem pratica o ato de iniciativa ganha, desde logo, a condição de demandante – autor, exequente); b) pela *citação* (feita esta, o citado passa a ser réu, ou executado); pela *intervenção voluntária* (ingressando por iniciativa própria em processo pendente como assistente, oponente ou sucessor da parte, o terceiro passa a ser parte da relação processual inicialmente constituída entre outras pessoas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25). No mesmo sentido, ainda: MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 58.

---

13

Sobre o que se disse nos três últimos parágrafos, vale a leitura do que ensina Cândido Dinamarco: “Partes são os sujeitos *interessados* da relação processual, ou os *sujeitos do contraditório instituído perante o juiz* (Liebman). (...) Esse é um *conceito puro de parte*, ou puramente processual. Apoia-se exclusivamente no fato objetivo de a pessoa estar incluída em uma relação processual como seu sujeito parcial e ali estar em defesa de alguma pretensão. (...) Para a conceituação de parte processual não tem a menor relevância a posição do sujeito em face do direito material nem sua condição de parte legítima ou ilegítima” (*Instituições de direito processual civil*, vol. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. n. 520, p. 252-253). Para maior desenvolvimento, ver, ainda: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, n. 2-5, p. 22-32; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006. n. 3, p. 30-35.

---

14

“As partes são os sujeitos contrapostos na dialética do processo perante o juiz, o qual, por definição, é titular de um poder imparcial. (...) Todos aqueles que não são partes consideram-se, em relação àquele processo, *terceiros*. A noção de parte *em sentido substancial*, que seria o sujeito ‘da lide’ ou da relação controvertida (e que um setor da doutrina contrapõe à parte *em sentido processual*), é estranha à lei e ao sistema de direito processual. A chamada parte *em sentido substancial*, quando não coincide com a parte em sentido processual, é apenas um *terceiro*. A determinação do conceito de *parte* não tem relação alguma com o problema de legitimação para agir” (*Manual de direito processual civil*, vol. I. 3. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 124-125).

---

15

A este respeito, vale conferir os autores citados na nota n. 13, *supra*.

---

16

Já na obra de Francesco Carnelutti se encontrava afirmado, por exemplo, que “um dos passos adiante da ciência do processo foi certamente aquele de afirmar a necessidade de contraditório também no processo executivo e portanto, salvo para o seu início, a bilateralidade da ação. O devedor é certamente, como o credor, uma parte em sentido material; mas *não lhe pode ser absolutamente negada a qualidade de parte em sentido processual*” (*Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. n. 185, p. 297). Sobre o contraditório no processo executivo, vale conferir, com grande proveito: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. n. 97-102, p. 172-183; TARZIA, Giuseppe. “O contraditório no processo

executivo”. In: *Revista de processo*, n. 28. São Paulo: Ed. RT, 1982. p. 55-95.

---

17

Sobre o contraditório como possibilidade de participação na formação no ato de poder, vale conferir, mais uma vez, as lições de Cândido Dinamarco: “A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da ideia, plantada no mundo político, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados” (“O princípio do contraditório e sua dupla destinação”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 517). Na sequência, sobre a execução, escreve o autor: “Sendo a participação indispensável fator legitimante da imposição dos resultados do exercício do poder, seria ilegítimo privar o executado de participar do processo ou fase de execução – simplesmente sujeitando-se aos atos do juiz e suportando inerte o exercício do poder sobre os bens de sua propriedade ou posse” (p. 522). É conhecido, ainda, a este respeito, o pensamento de Élio Fazzalari, para quem seria justamente a participação, em contraditório, dos destinatários do ato de poder, o que diferenciaria o processo de um simples procedimento (“Procedimento e processo (teoria generale)”. *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. XIV. Torino: UTET, 1996. p. 648-658, esp. n. 6, p. 653).

---

18

É esta a opinião de Flávio Yarshell, que, muito embora se refira especificamente ao responsável em caso de desconsideração da personalidade jurídica, é de todo aplicável às demais hipóteses de responsabilidade secundária: “Mas não é correto confundir *débito* e *responsabilidade*. Mesmo para o mero responsável (ao qual se chegaria mediante desconsideração da personalidade jurídica), a eventual inexistência ou inexibibilidade do crédito leva à exclusão de responsabilidade. Não há sentido em falar em responsabilidade patrimonial se não existe concretamente um débito, seja de quem for. Portanto, sob o ângulo do conteúdo das alegações (não exatamente da via processual em que dedutíveis), o terceiro tem legitimidade e interesse para atacar a existência, a validade e a eficácia da dívida” (“Comentários aos arts. 133 a 137”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 243).

---

19

“Embora se diga que geralmente o executado é o único legitimado a oferecer estes embargos, é necessário entender esta afirmação com a devida amplitude. Como vimos acima, há terceiros, isto é, pessoas diferentes do vencido, cujos bens podem ser abrangidos pela execução que se processa contra o executado em virtude de legitimação passiva equiparada ou secundária. No plano da execução a situação deles é, na medida em que respondem com seus bens, igual à do próprio executado. Não se lhes pode recusa meios de defesa equivalentes aos de que dispõe o executado. Eles poderão, pois, oferecer os mesmos embargos que o executado, qualquer que seja de fato a atitude deste no caso concreto. Lembrando o que se disse acima, estes terceiros disporão de embargos de terceiro se quiserem contestar a sujeição de seus bens à execução alheia e de embargos do executado se, não negando a sua responsabilidade executória, quiserem impugnar a legalidade da execução ou a existência do direito do exequente” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 216-217). No mesmo sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas...*, vol. 3, p. 409-410.

---

20

A este respeito, ver, com proveito: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária...*, p. 251-252.

---

21

“O mero responsável é legitimado à execução forçada apesar de não ser um *devedor* e de seu nome não estar inscrito no título executivo; sua integração à relação processual executiva, pela citação, é rigorosamente indispensável para que seus bens possam ser atingidos pela penhora e eventual hasta pública, porque, como chega a ser óbvio, ‘deve ser parte aquele vai sofrer diretamente os efeitos da atividade jurisdicional’ (Botelho de Mesquita). Seriam transgredidas as garantias constitucionais do contraditório e da paridade de armas, se ele ficasse à margem da relação processual sem ter sequer conhecimento dos atos de constrição realizados sobre seus bens e, conseqüentemente, sem ter oportunidade para reagir” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 156). Sobre a responsabilidade patrimonial como fator de legitimação passiva para a execução, ver, com grande proveito: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária...*, *passim*, esp. p. 61-63 e 123-153.

---

22

Ressaltando o caráter excepcional da realização “postecipada” do contraditório: PISANI, Andrea Proto. “Dell’esercizio dell’azione”. *Commentario del codice di procedura civile diretto da Enrico Allorio*. Torino: UTET, 1973. p. 1091-1093.

---

23

“Um dos direitos que compõem esse complexo de situações jurídicas [inerentes ao contraditório] é, exatamente, o direito de ser ouvido antes de uma decisão proferida contra si. O art. 9.º do CPC consagra essa regra que concretiza o princípio do contraditório” (DIDIER Jr., Fredie. “Comentários aos arts. 1.º a 12”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35).

---

24

Sobre a ausência de vinculação necessária entre os sujeitos descritos no título executivo e os legitimados para o processo de execução: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 284, p. 449-450.

---

25

Embora trate especificamente da desconsideração da personalidade jurídica, vale conferir, com grande proveito, o que escreve Cândido Dinamarco no sentido de que, não constando seu nome no título executivo, qualquer constrição do patrimônio do responsável apenas se justifica após a prolação de decisão judicial precedida da oportunidade de que seja discutida a existência da responsabilidade patrimonial: “Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório”. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 266-269, p. 541-549. O seguinte trecho bem retrata o que queremos dizer: “Inexistindo previamente um título executivo ou qualquer outro provimento jurisdicional que o reconheça como devedor ou mesmo como responsável, de

algum modo esse reconhecimento há de ser feito pelo juiz competente e mediante atividades processuais idôneas. Algum pronunciamento judicial há de ser emitido, precedido de uma *instrução razoável e suficiente*, com vistas ao possível reconhecimento da legitimidade passiva do terceiro e, mediante isso, a estender a ele a eficácia do título executivo (CC, art. 50) – e tudo isso deve ser feito antes de direcionar ao patrimônio do terceiro as agressões inerentes à execução forçada” (p. 544).

---

26

Ver, *infra*, n. 7.2.2.

---

27

Ver, *infra*, n. 6.2.2.6.

---

28

Como veremos, embora o contrato de fiança seja título executivo, nem sempre isto bastará para a propositura de ação de execução de título extrajudicial em face do fiador.

---

29

Neste sentido, o art. 837 do CC/2002 dispõe que o fiador pode opor ao credor não apenas as exceções que lhe forem pessoais, mas também “as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal”. Como lembra Dinamarco, porém, “falar em exceções *extintivas* da obrigação é dizer muito pouco, porque a vida dos direitos é comandada por fatos de naturezas mais variadas. (...) Por isso, onde a lei fala em *exceções extintivas* leiamos *fatos impeditivos, modificativos ou extintivos*” (“A fiança e o processo”. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.”, p. 1649-1650).

---

30

Ressalte-se que já era este o entendimento existente no sistema do CPC/1973, como se vê da Súmula 268 do STJ: “O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado”.

---

31

“(...) A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade (...)” (REsp 1412997/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.<sup>a</sup> T., j. 08.09.2015, *DJe* 26.10.2015). No mesmo sentido, dentre outros: AgRg na MC 24.127/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4.<sup>a</sup> T., j. 07.05.2015, *DJe* 14.05.2015;

---

32

Segundo explica Flávio Yarshell, a autorização de que, nestes casos, a execução alcance os bens do sócio ou da pessoa jurídica apesar da ausência de título executivo ou de sua condenação prévia, decorre de ser ele

responsável secundário, e não devedor: “(...) se o terceiro está apenas (e excepcionalmente) sujeito à responsabilidade patrimonial (sem titularidade no plano do débito), a inserção daquele na fase cognitiva não é ônus do autor. Por outras palavras: se não houver tal inclusão, não há preclusão decorrente da estabilização da demanda. Nessa hipótese, a vinda do terceiro para o processo poderá ocorrer até mesmo na fase de cumprimento, ainda que em relação a ele não tenha havido a formação de título (imposição de sentença condenatória ou com eficácia correspondente). É que ao devedor (portanto, plano do débito) haverá a imposição do *dever de prestar* (art. 515, D); enquanto para o responsável não será necessário e nem adequado falar-se em condenação (ou imposição do dever de prestar)” (“Comentários...”, p. 229).

---

33

Afirmam expressamente a possibilidade de o sócio ou pessoa jurídica se voltar contra a própria dívida nos casos de desconsideração: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “Comentários aos arts. 119 a 137”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 241; MAZZEI, Rodrigo Reis. “Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no projeto do novo Código de Processo Civil”. In: *Revista Síntese Direito empresarial*, n. 24. São Paulo: Síntese, 2011. p. 21; ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Método, 2015. p. 440; YARSHELL, Flávio Luiz. “Comentários...”, p. 243.

---

34

No mesmo sentido, confira-se o que escreveu Leonardo Greco: “(...) é de se esperar que, aberta com a citação para responder ao pedido de desconsideração a oportunidade para o requerido se defender, deva ele, nessa ocasião, aduzir a sua contrariedade a quaisquer pressupostos fáticos ou jurídicos de sua responsabilidade, de que resultem a própria certeza, liquidez ou exigibilidade do crédito, mesmo que já tenham sido objeto de decisão anterior e que também sobre elas lhe seja permitido formular alegações, propor e produzir provas, para que sejam em relação a ele apreciadas na decisão do pedido de desconsideração” (*Instituições de processo civil*, vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 505). Também dando a entender que o sócio ou a pessoa jurídica deva se voltar contra a dívida já na defesa apresentada no incidente: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “Comentários...”, p. 241; YARSHELL, Flávio Luiz. “Comentários...”, p. 246.

---

35

Neste sentido, expressamente: ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. II, t. I. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 148; ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria geral do processo...*, p. 441.

---

36

Afirmamos que apenas *a priori* a decisão acerca da desconsideração deve ser decidida junto com as pretensões iniciais porque nada impede que, sendo possível, desde logo, afirmar a ausência de seus pressupostos autorizadores, o juiz, com base na técnica do julgamento antecipado parcial do mérito (CPC/2015, art. 356), rejeite a desconsideração, excluindo o sócio ou a pessoa jurídica do processo. Mais sobre o assunto, ver, *infra*, o item 6.2.2.5.

---

37

Tal possibilidade é aventada por Flávio Yarshell: “(...) quando a instauração do incidente ocorrer ainda em fase de conhecimento, a identidade de objeto poderá autorizar que se realize instrução única acerca de débito e de responsabilidade. Reitere-se: ainda que a opção legislativa tenha sido a de resolver a descon sideração da personalidade jurídica de forma incidental, não há obstáculo para que a pretensão de descon sideração seja decidida na sentença, juntamente com o objeto originariamente posto” (“Comentários...”, p. 246).

---

38

Caso contrário, terá sido formada, entre credor e devedor, coisa julgada a respeito da relação obrigacional, aplicando-se as considerações abaixo.

---

39

É esta a lição que se extrai da obra clássica de Liebman (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. n. 48, p. 157-158), e de autorizada doutrina que, recentemente, se dedicou ao tema dos limites subjetivos da coisa julgada no direito brasileiro (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos...*, p. 287-288).

---

40

Neste sentido, expressamente: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “Comentários...”, p. 241; ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria geral do processo...*, p. 441; YARSELL, Flávio Luiz. “Comentários...”, p. 244.

---

41

Parece não haver dúvidas de que a decisão do incidente de descon sideração tem a aptidão de se tornar imune pela autoridade de coisa julgada material. Sobre o tema, ver, *infra*, o item 6.2.2.5.

---

42

Sobre a alteração no regramento dos limites subjetivos da coisa julgada do CPC/1973 para o CPC/2015, vale a leitura do que escreveu Antonio do Passo Cabral: “Na redação do art. 472 do CPC de 1973, a coisa julgada não ‘beneficiava’ nem ‘prejudicava’ terceiros. A nova redação da lei processual excluiu a expressão ‘beneficiar’, e agora a coisa julgada não atinge os terceiros para prejudica-los, podendo, todavia os atingir para beneficiá-los. (...) A regra do novo CPC é boa porque, afinal, se o contraditório é o vetor para definir a limitação subjetiva da coisa julgada, seria natural imaginar que um terceiro que não participou do processo não deve ser atingido pela proibição decorrente da coisa julgada de discutir as questões decididas no processo *inter alia*. Porém, esta proibição existe para que ele não seja prejudicado, ou seja, a limitação subjetiva da coisa julgada funciona como uma *proteção ao terceiro não participante*. Não obstante, se o conteúdo estabilizado pela coisa julgada for favorável ao terceiro, este poderá se valer da coisa julgada e pretender que a questão se mantenha indiscutível a seu favor. Trata-se da coisa julgada *in utilibus* para o terceiro. A mudança em relação ao texto do CPC de 1973 é muito positiva. Quando o terceiro for beneficiado pelo resultado da discussão transitada em julgado, e quiser opor aquele resultado às partes do processo, estas não poderão pretender discutir o conteúdo estável. E, por terem as partes exercitado o contraditório – afinal, participaram do processo em que proferida a decisão coberta pela

coisa julgada – o limite subjetivo as atinge, impedindo-lhes a reabertura do debate” (“Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al]. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1304-1305).

---

43

É antiga, como se sabe, a divergência a respeito do que deve ocorrer quando haja conflito de coisas julgadas formadas em momentos distintos. Há, assim, autores que entendem – a nosso ver, corretamente – que deve prevalecer a segunda que venha a ser formada (dentre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 335-336; LIEBMAN, Enrico Tullio. “Giudicato: I”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XV. Roma: Treccani, 1988. p. 5; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 153-158), e outros que defendem, com bons argumentos, que deve prevalecer a primeira (dentre outros: ALVIM, Arruda. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*, vol. II. São Paulo: Ed. RT, 1972. p. 375-377; RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Ed. RT, 1979. p. 133-139). Vale dizer, porém, que não se adequam à situação aventada os argumentos utilizados pelos autores que defendem a prevalência da primeira coisa julgada, todos ligados ao fato de que a segunda a ser formada seria viciada por desrespeito ao primeiro comando. Afinal, no caso, pelas razões expostas no texto, a coisa julgada formada entre credor e devedor não seria oponível ao responsável secundário, não incidindo, portanto, a proibição de novo julgamento.

---

44

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: (...) VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

---

45

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: (...) III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

---

46

Assim, dentre outros: STJ, AgRg no AgRg no REsp 1545778/SC, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3.<sup>a</sup> região), 2.<sup>a</sup> T., j. 01.12.2015, *DJe* 17.12.2015; STJ, AgRg no AREsp 114.823/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.<sup>a</sup> T., j. 26.06.2012, *DJe* 01.08.2012.

---

47

Neste sentido: ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. II, t. I, p. 140-141. Vale mencionar, ainda, a posição de Rogério Licastro de Mello, para quem a hipótese seria, efetivamente, de desconsideração da personalidade jurídica (*Responsabilidade executiva secundária*, p. 193), o que conduz ao mesmo resultado.

---

48

Vale dizer que, conquanto o art. 842 refira-se apenas ao *cônjuge* do executado, a regra também se deve



aplicar ao *companheiro*. Neste sentido: MAZZEI, Rodrigo Reis; MERÇON-VARGAS, Sarah. “Comentários aos arts. 831 a 869”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1205.

---

49

Neste sentido, por todos: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 1302-1303; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. III. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 296.

---

50

“(…) Na esteira dos precedentes do STJ, a intimação do cônjuge enseja-lhe a utilização tanto da via dos embargos à execução, por meio dos quais se admite a discussão da própria causa debendi e a defesa do patrimônio como um todo, como da via dos embargos de terceiro, para defesa de sua meação. (...)” (STJ, REsp 1522093/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3.<sup>a</sup> T., j. 17.11.2015, *DJe* 26.11.2015). No mesmo sentido, dentre outros: STJ, EREsp 306.465/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, j. 20.03.2013, *DJe* 04.06.2013.

---

51

Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 620-621. Semelhante, ainda, é o pensamento de Leonardo Greco, para quem “a partir deste momento [da intimação], o cônjuge atuará como sujeito passivo secundário da execução” (*O processo de execução*, vol. 1, p. 339).

---

52

Ver, *infra*, n. 9.1.3.

---

53

Como veremos, desde que se entenda, como nos parece, que a fraude contra credores deve acarretar a ineficácia relativa, e não a anulação do ato de alienação, a hipótese é de responsabilidade secundária. A este respeito, ver, *infra*, o item n. 6.2.2.4.

---

54

A conexão de causas a determinar a reunião dos processos justifica-se, no caso, pela relação de prejudicialidade que há entre a existência do crédito (objeto da ação condenatória proposta pelo credor em face do devedor) e a responsabilidade patrimonial secundária do adquirente (discutida na ação pauliana). Sobre a conexão por prejudicialidade, ver, com grande proveito: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 114-127. Vale dizer, todavia, que, ainda que não se aceite que a prejudicialidade entre demandas leve à sua conexão, a reunião, na hipótese aventada, é possível à luz do art. 55, § 3.º do CPC/2015.

---

55

Registre-se, ainda, interessante opinião segundo a qual poderia ter sido criado, para a fraude contra credores, incidente semelhante àquele existente para a desconsideração da personalidade jurídica, como sugerem: AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias. *Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 83-85.

---

56

“(…) 4. Como é originária, a declaração de fraude à execução dispensa prévia manifestação do terceiro adquirente, só havendo margem para discussão da legitimidade da penhora após a sua efetivação (…) (STJ, REsp 1260490/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.<sup>a</sup> T., j. 07.02.2012, *DJe* 02.08.2012).

---

57

Sobre a inversão da iniciativa do contraditório como característica da tutela monitória, ver: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 292-293. Eduardo Talamini, a seu turno, prefere falar em inversão do ônus da instauração de processo de cognição exauriente (“Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. *Revista de processo*, n. 209. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 23-24).

---

58

Neste sentido, é o que dá a entender Flávio Yarshell (“Comentários...”, p. 243).

---

59

Em sentido semelhante, era o pensamento de Leonardo Greco, que afirmava que, “a partir do momento em que a atividade executória atinge bem do patrimônio do adquirente, passa este a constituir litisconsorte passivo da execução, devendo ser intimado de todos os atos do processo, a partir da penhora, ela mesma, e facultada a sua atuação no processo de execução em defesa dos seus interesses, independentemente de ações próprias, como a de embargos de terceiro. O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa assegurados na Constituição impõem este reconhecimento” (*O processo de execução*, vol. 1, p. 340-341). Vale dizer que tais ideias eram adequadas à realidade do CPC/1973, que não previa a intimação do terceiro adquirente antes que a penhora atingisse bem de sua propriedade. Já no sistema do CPC/2015, parece-nos que o terceiro adquirente deve passar a integrar a relação processual já quando intimado na forma do art. 792, § 4.º.

---

60

“(…) não é só o ‘devedor’, assim designado no título executivo, que se habilita ao oferecimento de embargos, senão também aquele que porventura suporte a responsabilidade executiva, apesar de não figurar na relação jurídica de direito material. A quem se veja atingido em seu patrimônio por atos executivos, mas não reconheça aquela responsabilidade, a via que se abre para impugnar semelhantes atos será a dos ‘embargos de terceiro’ (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 296-297). No mesmo sentido: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária...*, p. 254-255; TALAMINI, Eduardo. “Embargos do executado”. In: *Revista do processo*, n. 93. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 95-96.

---

61

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 871.

---

62

Vale ressaltar que, no caso do inciso IV do art. 674 o autor dos embargos é, de fato, terceiro em relação à execução. Neste sentido: LAMY, Eduardo de Avelar. “Comentários aos arts. 674 a 681”. In: *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1576-1577.

---

63

Segundo nos parece, a hipótese se aplica tanto aos casos em que não tenha havido qualquer incidente de descon sideração em um determinado processo, quanto às hipóteses em que este tenha sido instaurado em relação a outros sócios, distintos daquele que teve o bem con strito.

---

64

“Descarta-se portanto, por inteiro, a posição que o terceiro ocupar em relação ao débito exequendo, ao título executivo ou mesmo à responsabilidade pela obrigação alheia; esses pontos não exercem influência alguma no conceito de terceiro, no dos embargos de terceiro, ou na *admissibilidade* destes. (...) ser ou não responsável é uma *questão de mérito*, de cuja solução dependerá a procedência ou improcedência dos embargos de terceiro, não a admissibilidade do julgamento destes pelo mérito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 866-867). Ver, ainda, do mesmo autor: “Embargos de terceiro e embargos do executado”. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1464-1469. É esta, ainda, a posição que se encontra em: ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários...*, vol. 8, p. 66.

---

65

Neste sentido, sobre a legitimidade do responsável secundário, citado como executado, para opor embargos à execução, ver, dentre outros: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, vol. 5. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 350; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 758-759; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 615-616; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 277-279; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 479.

---

66

A título de curiosidade, é de se perceber que, no CPC/2015 não mais se fala em embargos do devedor, como CPC/1973, mas, sim, em embargos à execução ou embargos do executado.

---

67

Sobre a fungibilidade entre os embargos de terceiro e as defesas típicas do executado, ver, com proveito:

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 875-876; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84-86. Vale mencionar, ainda, a interessante ideia de Bruno Silveira de Oliveira, para quem não se trataria de aplicação do princípio da fungibilidade, mas, apenas, de relevar o equívoco cometido quanto ao *nomen juris* da postulação (*O juízo de identificação das demandas e dos recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 188-194).

---

68

“(...) 2. Entre os dois instrumentos processuais [embargos de terceiro e embargos à execução], desde que respeitado o prazo próprio para oposição, aplica-se a fungibilidade, garantindo a instrumentalização do procedimento na concretização do direito material resguardado. (...)” (STJ, REsp 1522093/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3.<sup>a</sup> T., j. 17.11.2015, *DJe* 26.11.2015). No mesmo sentido, ainda: STJ, AgRg no Ag 847.616/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, 1.<sup>a</sup> T., j. 04.09.2007, *DJ* 11.10.2007; REsp 865.532/PB, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1.<sup>a</sup> T., j. 21.09.2006, *DJ* 05.10.2006.

---

69

Contrária é opinião de Amílcar de Castro, para quem “sucessor a título singular é a pessoa a quem foi transferida, por causa da morte, *determinada porção* de bens” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII. São Paulo: Ed. RT, 1974. p. 66). A posição é sustentada, ainda, com boa argumentação, em: ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários...*, vol. 8, p. 252-253.

---

70

Neste sentido, tratando do art. 42 do CPC/1973, equivalente ao art. 109 do CPC/2015: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 261.

---

71

Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 412-413.

---

72

Neste sentido, de onde foram retirados os exemplos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 411.

---

73

Ver, a respeito, o item 1.5, *supra*.

---

74

Interessante notar que o Código Civil de 1916, ao contrário do que ocorre com o atualmente vigente, contava com dispositivo destinado a deixar claro que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros” (art. 20).

---

75

É a exposição feita por Dinamarco, onde consta bom resumo de tais situações (*Instituições...*, vol. IV, n. 1.562, p. 413-417).

---

76

Foge dos escopos deste trabalho a análise da responsabilidade dos sócios em cada uma das espécies de sociedade. Para tanto ver, com grande proveito: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária...*, p. 168-182.

---

77

Neste sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários...*, vol. 8, p. 255-256.

---

78

É este o entendimento que se extrai da jurisprudência do STJ: “(...) constando o nome dos sócios na CDA, tal como no caso dos autos, é possível o redirecionamento da execução, cumprindo a eles o ônus da prova de que não ficou caracterizada prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN) (...)” (STJ, AgRg no REsp 1539860/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.<sup>a</sup> T., j. 01.10.2015, *DJe* 02.02.2016).

---

79

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

---

80

Art. 4.º (...) § 3.º – Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1.º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

---

81

É interessante notar que, no sistema do CPC/1973, o art. 659, § 4.º apenas permitia a penhora de *imóveis* por termo nos autos, tendo, o CPC/2015, inovado no ponto ao mencionar a penhora de *veículos*.

---

82

Neste sentido, sobre o art. 659, § 4.º, do CPC/1973: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 275.

---

83

Acertadamente, CPC/2015, além de fazer menção à figura do *companheiro* – e não apenas do cônjuge, como

no CPC/1973 –, excluiu a referência aos bens *reservados* que existia no art. 592, IV, vez que estes desapareceram com o advento do CC/2002.

---

84

Foge dos propósitos deste trabalho uma análise exaustiva de todas as situações tratadas no Código Civil. Ver, a este respeito, com grande proveito: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 263-270.

---

85

Neste sentido, dentre muitos outros: STJ, AgRg no AREsp 427.980/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.<sup>a</sup> T., j. 18.02.2014, *DJe* 25.02.2014; STJ, AgRg no Ag 1322189/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4.<sup>a</sup> T., j. 17.11.2011, *DJe* 24.11.2011.

---

86

Neste sentido: STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1210403/MS, Rel. Ministro Massami Uyeda, 3.<sup>a</sup> T., j. 02.10.2012, *DJe* 16.10.2012.

---

87

Neste sentido, é o teor da Súmula 251 do STJ: “A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal”. Vale dizer que, não obstante refira-se à execução fiscal, o entendimento é aplicável a qualquer modalidade executiva, como se vê, por exemplo, do seguinte julgado: STJ, EREsp 866.738/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 04.05.2011, *DJe* 24.05.2011.

---

88

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: (...) IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

---

89

Neste sentido, dentre outros: STJ, AgRg no AREsp 259.338/PE, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1.<sup>a</sup> Região), 1.<sup>a</sup> T., j. 01.09.2015, *DJe* 14.09.2015; STJ, AgRg no REsp 1283677/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, 2.<sup>a</sup> T., j. 25.10.2011, *DJe* 10.11.2011.

---

90

Resolvendo polêmica existente no sistema do CPC/1973, o art. 73 do CPC/2015 deixou claro, em seu § 3.º, que se aplicam as regras ali contidas “à união estável comprovada nos autos”. Sobre o tema, tratando da discussão da questão na tramitação legislativa, e dos problemas que podem ser causados pela disposição, ver, com grande proveito: GODINHO, Robson Renault. “Comentários aos arts. 70 a 76”. *Comentário ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 132-133.

---

91

É interessante notar, com Cândido Dinamarco, que, neste caso, “a necessidade do litisconsórcio passivo há de resultar de uma indispensável antecipação, já no processo de conhecimento, de regras referentes à responsabilidade patrimonial” (*Litisconsórcio*, p. 235).

---

92

Neste sentido: ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. II, t. I, p. 161; DIDIER Jr., Fredie. *Curso...*, vol. 1, p. 327; THEODORO Jr., Humberto. *Curso...*, vol. I, p. 275.

---

93

A rigor, isto deverá ocorrer, apenas, se a falta do cônjuge ou companheiro não for percebida pelo juiz ao longo do procedimento cognitivo. Isso, porque, ausente um litisconsorte necessário, caberá ao juiz, antes de tudo, determinar ao autor que requeira a sua citação, sob pena de extinção do processo, na forma do art. 115, parágrafo único, do CPC/2015.

---

94

Neste sentido: THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. II. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 331-332; GODINHO, Robson Renault. “Comentários...”, p. 131.

---

95

Sobre a natureza do vício que atinge a sentença proferida sem a presença de litisconsorte necessário simples, pedimos licença para transcrever o que dissemos em outra sede, em texto em coautoria: “(...) nas hipóteses de litisconsórcio necessário *simples*, a decisão de mérito é *ineficaz* apenas em relação aos sujeitos que não participaram do processo (CPC, art. 115, inciso II). Quer isso dizer que a sentença permanece *válida*, produzindo seus regulares efeitos entre as partes, mas não se projeta sobre aqueles que deveriam ter integrado a relação processual na condição de litisconsortes necessários. Trata-se, assim de vício identificado como *ineficácia relativa* – porque a decisão fica tolhida de apenas parte de seus efeitos -, ou, ainda, de *inoponibilidade* – já que a sentença, conquanto válida, não pode ser oposta àqueles que não participaram do processo” (RODRIGUES, Marcelo Abelha; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. “Comentários aos arts. 113 a 118 (Do litisconsórcio)”. In: *Código de Processo Civil anotado*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci [et al.]. São Paulo: AASP/OAB-PR, 2015. p. 201-202).

---

96

Afirma-se que *neste ponto* o art. 843 do CPC/2015 repete a disciplina do revogado art. 655-B, porque, no sistema do Novo Código, a regra se aplica também às hipóteses em que houver condomínio sobre o bem, e não apenas em relação aos cônjuges, como constava do CPC/1973. Deve-se mencionar, entretanto, a existência de entendimento segundo o qual, mesmo no sistema do CPC/1973, o “dispositivo está a disciplinar todas as hipóteses de bens indivisíveis *pertencentes a condôminos*, não apenas cônjuges” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 609).

---

Vale dizer que, no sistema do CPC/1973, a preferência do cônjuge era prevista expressamente apenas em relação à *adjudicação* (art. 685-A, § 3.º).

Ver, *infra*, o Capítulo 9.

Sobre as justificativas para este entendimento em relação à fraude contra credores, ver, especialmente, o item 9.1.2, *infra*.

“Os bens alienados em fraude de execução reputam-se eficazmente transferidos ao domínio de quem os adquiriu, mas permanecem sob responsabilidade executiva pelas obrigações do alienante; a obrigação continua sendo de quem era antes, mas o adquirente responde com o bem adquirido, ou seja, responde pelo débito alheio (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 420). No mesmo sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 105-106; THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 26. ed. São Paulo: LEUD, 2009. p. 169.

É esta a posição de Rogério Licastro: “(...) uma vez verificada a ineficácia que a lei processual civil atribui à alienação ou oneração fraudulentas, culmina por persistir responsabilidade patrimonial do próprio devedor originário (alienante em fraude à execução), o qual, para fins executivos, permanece titular de tais bens e os tem absorvidos pela execução, não havendo que se falar de responsabilidade sem dívida, porque os bens objeto da transferência ilícita, reconhecendo-se a fraude executiva, sequer podem ser considerados de titularidade do terceiro adquirente (o comprador ou beneficiário de garantia real)” (*Responsabilidade executiva secundária...*, p. 186). No mesmo sentido, também falando em responsabilidade primária, embora atribuam ineficácia relativa à hipótese de fraude à execução: ASSIS, Araken de. *Comentários...*, vol. VI, p. 247; BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 256; TALAMINI, Eduardo. “Embargos do executado”, p. 96.

Coerente, portanto, é a posição de Rogério Licastro sobre a responsabilidade primária nos casos de fraude contra credores, que, em sua opinião, levaria à anulação do ato (*Responsabilidade executiva secundária...*, p. 187).



“Pessoas jurídicas, portanto, são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 86).

---

105

No mesmo sentido: AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias. *Fraudes patrimoniais...*, p. 144-146; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária*, p. 191-192.

---

106

Sobre a jurisprudência anterior do STJ, a importância do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para fins de observância do contraditório, e as vantagens que ele apresenta em relação a outras alternativas, ver, *supra*, o item 6.2.1.1.

---

107

É curioso notar que a Lei Anticorrupção (12.846/2013) instituiu a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica em sede de processo administrativo, de modo a estender “todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração”. Mesmo nestes casos, porém, a lei deixa claro que devem ser “*observados o contraditório e a ampla defesa*” (art. 14).

---

108

Neste sentido, expressamente falando na ampliação do objeto do processo: DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 520.

---

109

É distinto, ao que parece, o posicionamento de Flávio Yarhsell, que, logo após refutar a ideia de que se trataria de pretensão condenatória, dá a entender que a hipótese é de pedido declaratório: “Não se trata de demanda que imponha dever de prestar ou, por outras palavras, não se cuida de demanda condenatória. Ao acolher o pedido o que o juiz fará é *reconhecer a responsabilidade patrimonial* e, dessa forma, liberar os meios executivos sobre o patrimônio de pessoa que não figura como devedor” (“Comentários...”, p. 231 – *destaque nosso*).

---

110

“(…) 1. No caso, em que se trata de relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação

patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). 2. A mera demonstração de inexistência de patrimônio da pessoa jurídica ou de mudança de endereço da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. (...)” (STJ, AgRg no AREsp 831.748/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, 4.ª T., j. 23.02.2016, *DJe* 07.03.2016). No mesmo sentido, dentre muitos outros: STJ, AgRg no AgRg no AREsp 334.883/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3.ª T., j. 04.02.2016, *DJe* 18.02.2016; STJ, REsp 1311857/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 13.05/2014, *DJe* 02.06.2014; STJ, AgRg no AREsp 159.889/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 15.10.2013, *DJe* 18.10.2013.

---

111

“(…) No contexto de uma relação de consumo, em atenção ao art. 28, § 5.º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, por meio da *disregard doctrine*, a partir da caracterização da configuração de prejuízo de difícil e incerta reparação em decorrência da insolvência da sociedade. Na espécie, é nítida a dificuldade na reparação do prejuízo evidenciada na sentença e no acórdão prolatados (...)” (STJ, REsp 1537890/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª T., j. 08.03.2016, *DJe* 14.03.2016). No mesmo sentido, dentre outros: STJ, AgRg no REsp 1106072/MS, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4.ª T., j. 02.09.2014, *DJe* 18.09.2014; STJ, REsp 1111153/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 06.12.2012, *DJe* 04.02.2013.

---

112

Neste sentido: STJ, REsp 647.493/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2.ª T., j. 22.05.2007, *DJ* 22.10.2007, p. 233; STJ, REsp 279.273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 04.12.2003, *DJ* 29.03.2004, p. 230.

---

113

Em sentido contrário, Humberto Theodoro Jr. afirma que, em se tratando de ação de execução, ainda que a desconsideração seja requerida na petição inicial, será obrigatória a observância do incidente (*Curso de direito processual civil*, vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 400).

---

114

No mesmo sentido: ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria geral do processo...*, p. 437.

---

115

Nestas situações, o cabimento do agravo de instrumento não decorre do inc. IV do art. 1.015 – já que não terá havido “*incidente* de desconsideração da personalidade jurídica” –, mas de seu inc. II, vez que a decisão versa sobre parcela do mérito da causa.

---

116

Sobre a fragmentação do julgamento do mérito, pedimos licença para transcrever trecho do que escrevemos em outra sede: “É, então, justamente nessas e em várias outras situações [ligadas à cumulação de pedidos] que pode ocorrer o que chamamos de fragmentação do julgamento do mérito. Trata-se, por

outras palavras, de possibilitar que o julgamento dos diversos pedidos porventura cumulados em um só processo se dê em momentos distintos do mesmo procedimento, na medida em que cada um deles se encontre “maduro” para tanto” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. “O julgamento antecipado parcial do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Civil Procedure Review*, v.7, n.1: 165-208, jan.-apr., 2016. p. 170).

---

117

Neste sentido: ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, vol. II, t. I, p. 145; CÂMARA, Alexandre Freitas. “Comentários aos arts. 133 a 137”. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 426; DIDIER Jr., Fredie. *Curso...*, vol. 1, p. 519; ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria geral do processo...*, p. 434; YARSHELL, Flávio Luiz. “Comentários...”, p. 234.

---

118

Apesar de o art. 133, *caput*, dispor que o *parquet* pode suscitar o incidente sempre que “lhe couber intervir no processo”, dando a entender que teria tal poder de iniciativa quando atuasse como *custos legis*, entendemos ter razão Flávio Yarshell quando escreve que “o Ministério Público só está legitimado a pedir a desconsideração nos casos em que seja titular do direito de ação; não nos casos em que atue como fiscal da lei”, sobretudo porque “remanesce a regra de que ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado pelo ordenamento (art. 18). Imaginar que o Ministério Público – fora de suas atribuições constitucionais – pudesse atuar em nome próprio e em favor de credor privado seria assumir desvirtuamento de regra constitucional” (“Comentários...”, p. 233-234).

---

119

A nosso ver, portanto, não é correto o que escreveu Alexandre Câmara: “No ato de requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, incumbirá ao requerente apresentar elementos mínimos de prova de que estão presentes os requisitos para a desconsideração (...). É preciso, então, que sejam fornecidos elementos de prova que permitam ao juiz a formação de um juízo de probabilidade acerca da presença de tais requisitos” (“Comentários...”, p. 431).

---

120

No mesmo sentido do texto, é exata a afirmação de Leonardo Greco: “No requerimento, o proponente alegará os fatos que legalmente admitem a desconsideração e proporá as provas para demonstrá-los, juntando desde logo a prova documental que tiver em seu poder” (*Instituições...*vol. 1, p. 504). É o que pontua, ainda: ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria geral do processo...*, p. 438.

---

121

Sobre o método da asserção como aquele adequado à investigação a respeito das condições da ação, vale conferir, por todos, o que escreveu Cleanto Guimarães Siqueira (*A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 71-83).

---

122

Neste sentido: ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria geral do processo...*, p. 440.

---

123

E o que observa Alexandre Freitas Câmara (“Comentários...”, p. 430-431).

---

124

“Cessa a suspensão imprópria a que se refere este dispositivo [art. 134, § 3.º] quando o incidente for decidido, ainda que tal decisão esteja sujeita a recurso” (CÂMARA, Alexandre Freitas. “Comentários...”, p. 431).

---

125

Sobre a possibilidade de que no incidente sejam suscitadas questões concernentes à dívida, e os reflexos que isso pode ter sobre o procedimento, ver, *supra*, o item 6.2.1.1.

---

126

Neste sentido, ver por todos: YARSHELL, Flávio Luiz. “Comentários...”, p. 233.

---

127

Como sustentamos, anteriormente, aplica-se ao incidente, inclusive, a possibilidade de extensão da coisa julgada às questões prejudiciais (CPC/2015, art. 503, § 1.º), com potencial projeção a terceiros, para beneficia-los (CPC/2015, art. 506).

---

128

Sobre a necessidade de que a questão prejudicial, para os fins do art. 503, § 1.º, possa ser objeto de ação declaratória, na forma do art. 19 do CPC/2015: DIDIER Jr., Fredie. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 767.

---

129

Neste sentido: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 276.

---

130

Ver, *infra*, o item 9.2.

---

131

Assim: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 471; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários...*, vol. VI, p. 459; THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, p. 175.

---

132

É o que ensina Orlando Gomes: “(...) se a obrigação originária é reforçada por outra, assumida por terceiro, diz-se que há *garantia pessoal*. Oferecida esta garantia, haverá duas *obrigações*: a *principal* e a *fidejussória*” (*Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 536). Sobre a inserção da fiança na distinção entre dívida e responsabilidade, vale, ainda, a leitura do que escreveu Ricardo Luis Lorenzetti: “Outra das questões discutidas é a vinculação da fiança com a doutrina da ‘dívida e responsabilidade’. Um dos aspectos desta tese é sustentar que existem obrigações sem dívida, cujo um dos exemplos é a fiança. Além dos debates teóricos que esta tese suscita (...), pode-se notar que a fiança é uma obrigação causada por um contrato, distinta da obrigação principal do devedor, porém com a qual está vinculada pelo princípio da acessoriedade” (*Tratado de los contratos*, t. III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 487 – *tradução livre*).

---

133

Neste sentido: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 285; DINAMARCO, Cândido Rangel. “A fiança e o processo”, p. 1639-1643; e *Instituições...*, vol. IV, p. 148-149.

---

134

“Do caráter acessório da fiança decorrem as consequências seguintes: *a*) a obrigação fidejussória não sobrevive à obrigação principal; *b*) a obrigação fidejussória tem a mesma natureza e extensão da obrigação principal” (GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 537).

---

135

“A fiança é aplicável à garantia do cumprimento de qualquer obrigação de ordem econômica. E pode ser dada ao mesmo tempo que se forma a obrigação, depois de estar constituída ou precede-la” (BEVILÁQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1939. p. 249).

---

136

Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. “A fiança e o processo”, p. 1640.

---

137

É a distinção feita por Cândido Dinamarco (“A fiança e o processo”, p. 1642-1643).

---

138

Sobre o assunto, vale conferir, com grande proveito: DINAMARCO, Cândido Rangel. “A fiança e o processo”, n. 952-954, p. 1657-1662.

---

139

No sistema do CPC/1973, o art. 568 arrolava, dentre os legitimados passivos para a execução, apenas “o fiador judicial” (inc. IV), o que levou parcela da doutrina a afirmar que apenas em face dele poderia ser proposta a ação de execução de título extrajudicial (assim, por exemplo: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas...*, vol. 3, p. 264). Não era esta, porém, a melhor interpretação: nos casos em que o contrato de fiança reunisse os atributos necessários a que tivesse força executiva, o fiador era legitimado passivo para a execução de título extrajudicial enquanto devedor (art. 568, I). Já o inc. IV do art. 568 conferia ao fiador judicial a legitimidade passiva para a execução de título judicial ainda que não houvesse sido parte na fase de conhecimento. Neste sentido, ver, com proveito: ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários...*, vol. 8, p. 71-73.

---

140

“O litisconsórcio passivo entre fiador e afiançado é plenamente admissível, mas *facultativo* e não necessário, cabendo exclusivamente ao credor a opção entre promover a execução em face de um só, do outro, ou de ambos, desde que incluídos no título executivo judicial ou extrajudicial em que a execução se fundar” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 174).

---

141

Como explica Guilherme Rizzo Amaral, “a indicação de bens do devedor não é propriamente o direito do fiador, mas *condição* para que ele exerça o benefício de ordem. Este, por sua vez, consiste no ‘direito de exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor’. É dizer: o exercício do direito do fiador que primeiro sejam executados os bens do devedor depende da indicação, pelo fiador, de bens livres e desembaraçados do devedor na mesma comarca em que tramita o processo de execução” (*Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 826).

---

142

Na vigência do CPC/1973, após as alterações promovidas pela Lei 11.382/2006, também era este o prazo apontado por boa parte da doutrina, nos termos do art. 652. Neste sentido: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, 286; DINAMARCO, Cândido Rangel. “A fiança e o processo”, p. 1670; THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, p. 175.

---

143

“(…) assim como exige o Tribunal [ST] a *citação do sócio* antes da penhora, assim também deverá ser citado o devedor principal em caso de vingar o benefício de ordem postulado pelo fiador. Essas regras valem de igual modo para as execuções por título extrajudicial (contrato de fiança)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “A fiança e o processo”, p. 1672).

---

144

“(…) se o fiador demandado sozinho em processo de conhecimento não chamar o devedor principal ao processo não poderá usar o benefício de ordem contido no art. 595 [794] do CPC. A razão é muito simples.

No título executivo judicial a ser executado, somente constará como condenado o fiador, visto que foi o único réu no processo de conhecimento onde se formou o título. Nesta hipótese, somente será lícito ao credor, executar o fiador, uma vez que o título executivo, se formou unicamente em face dele (art. 568 [779], I, do CPC), sendo, o devedor principal, nesta hipótese, totalmente estranho ao título executivo judicial” (JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 82). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. “A fiança e o processo”, p. 1647-1648; RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Manual de execução civil*, p. 130.

---

145

Sobre o chamamento ao processo enquanto ônus imposto ao demandado, vale conferir o tópico escrito por Cândido Dinamarco (*Intervenção de terceiros*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. n. 94, p. 157-159).

---

146

Neste sentido: LIMA, Alcides de Mendonça, *Comentários...*, vol. VI, p. 465.

---

147

Neste sentido, por todos: JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*, p. 80-84.

---

148

Vale notar a superioridade do texto do art. 796 do CPC/2015 se comparado ao art. 597 do CPC/1973, que falava, apenas que a responsabilidade de cada herdeiro se dá “na proporção da parte que na herança lhe coube”, silenciando quanto à regra de que o herdeiro responde “dentro das forças da herança”, constante do dispositivo hoje vigente.

---

149

Neste sentido: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 289; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários...*, vol. 8, p. 298-299.

de sua responsabilidade patrimonial – como ocorre, por exemplo, com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ou com a ação pauliana –, é perfeitamente possível a utilização das técnicas de tutela preventiva a fim de evitar a violação ao interesse dos credores. Neste sentido, inclusive, o art. 9.º, I, do CPC/2015 excepciona a necessidade de contraditório prévio para o deferimento de “tutela provisória de urgência”.

### *7.3. As posições subjetivas do credor, do responsável e do terceiro adquirente: confronto dos valores em jogo*

Antes de prosseguir e estudar cada uma das técnicas existentes para a tutela da responsabilidade patrimonial, é de grande importância que examinemos, ainda que brevemente, os valores que a sua utilização abrange e as posições dos sujeitos envolvidos, de forma a aferir de que maneira são afetados seus interesses e direitos. Segundo nos parece, tal análise pode fornecer interessantes perspectivas para fins de definição, sobretudo, dos requisitos subjetivos necessários à incidência deste tipo de providência.

Se levarmos em conta que o que se visa a coibir, através dos instrumentos de tutela da responsabilidade, são os desfalques patrimoniais do sujeito responsável, que ocorrem em geral mediante a transferência de seus bens a terceiros, fica claro que a análise proposta deve envolver as posições (i) do credor, (ii) do responsável patrimonial, e (iii) do terceiro a quem o bem é transferido.

#### *7.3.1. Direitos do credor*

Quanto ao credor, trata-se, em primeiro lugar, do sujeito que, como vimos, é titular do direito a uma prestação a ser realizada pelo devedor. Além disso, a ele a ordem jurídica outorga a possibilidade de obter a tutela jurisdicional executiva, por meio da atuação da sanção de expropriação forçada sobre o patrimônio do devedor ou do terceiro responsável. Como procuramos demonstrar, tal direito pode ser extraído da garantia constitucional de acesso à justiça, motivo pelo qual falamos em um direito fundamental à execução forçada.

Nesta linha, não parece haver dúvidas de que também a possibilidade de utilização dos mecanismos de tutela da responsabilidade patrimonial, para a manutenção da higidez do patrimônio do devedor ou do terceiro responsável, é decorrência do direito fundamental do credor à execução forçada. Não se contesta, atualmente, que integra a garantia constitucional do acesso à justiça o direito a técnicas processuais adequadas às diferentes exigências que o direito carente de tutela apresenta, incluindo-se, aí, os meios necessários à preservação da eficácia do próprio processo, enquanto instrumento de prestação da tutela jurisdicional.<sup>17</sup>

É exatamente com essa posição que vamos confrontar, agora, as duas outras acima indicadas.

#### *7.3.2. Direitos do sujeito patrimonialmente responsável*

No que diz respeito ao devedor ou terceiro responsável, parece claro, como já adiantamos, que a potencial atuação dos mecanismos de tutela da responsabilidade patrimonial afeta, diretamente, o seu direito de propriedade, impedindo que aliene seus bens a ponto de prejudicar a sua solvabilidade, e, assim, a possibilidade de satisfação do credor.

Por óbvio, a atuação das referidas técnicas não resulta, por si só, na total privação do direito de propriedade do responsável sobre um ou algum de seus bens. Tal fato apenas ocorre quando, já no procedimento executivo, após terem sido afetados bens específicos, ocorrem efetivamente os atos de expropriação por algum dos modos previstos em lei. Em geral, quando se opta pela alienação como técnica executiva (CPC/2015, arts. 879 a 903), há uma *primeira expropriação (liquidativa)*, responsável pela transformação do bem em dinheiro, e uma *segunda expropriação (satisfativa)*, concernente à transferência da quantia ao credor.<sup>18</sup> Há, entretanto, a possibilidade de que, por meio da adjudicação (CPC/2015, arts. 876 a 878), o bem seja diretamente transferido ao patrimônio do exequente, havendo, portanto, apenas uma expropriação, o que também ocorre no caso da apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens



(CPC/2015, arts. 867 a 869).

Na realidade, como mencionado, a atuação dos mecanismos aqui referidos atinge, em geral, uma específica prerrogativa inerente ao direito de propriedade, que diz respeito ao poder de livremente *dispor* da coisa.<sup>19</sup> Nem sempre, porém, fica o responsável totalmente impossibilitado de alienar o bem; geralmente, o que ocorre é que as transferências porventura realizadas, conquanto válidas, são ineficazes em relação ao credor.

Como dito, entre a total imobilização do patrimônio do responsável e a livre disponibilidade de seus bens, o ordenamento jurídico opta por caminho intermediário: permite a alienação, mas coíbe os atos que prejudiquem os credores, tornando-os sem efeito em relação a eles.

Importante perceber que estamos, aqui, diante de uma *opção política* do legislador. Poderíamos, em uma perspectiva hipotética, imaginar um sistema jurídico no qual, surgida uma dívida, ficasse o devedor impossibilitado por completo de transferir a terceiros a propriedade de qualquer dos seus bens. Um sistema destes, porém, se por um lado privilegiaria a satisfação dos créditos pela via do processo executivo, por outro inviabilizaria a troca de riquezas entre as pessoas.

Poderíamos, ainda, cogitar de um ordenamento que se mostrasse completamente indiferente aos desfalques que o devedor ou o terceiro responsável provoca sobre seu próprio patrimônio a partir do surgimento da dívida. Este caminho, contudo, acabaria por privilegiar atitudes maliciosas do devedor, que poderia evitar, sem qualquer constrangimento, a futura satisfação de seus credores num eventual processo de execução. E, na falta de perspectiva de aplicação da sanção cabível – ao menos da mais importante delas –, as próprias obrigações perderiam muito de sua força jurídica, tornando o sistema inviável.

Segundo procuramos defender, contudo, parece-nos que da interpretação do termo “presentes e futuros” constante do art. 789 do CPC/2015 se pode extrair a ideia de que, a partir do momento em que se vincula a uma obrigação, o devedor vê de alguma forma afetada a propriedade de seus bens, em uma específica prerrogativa, vez que não pode deles livremente dispor ao ponto de tornar-se insolvente.<sup>20</sup>

A adoção de tal marco temporal valoriza, como nos parece, a *autonomia da vontade*, cabendo a cada indivíduo optar, quando possível, pelo sujeito com o qual celebra dado negócio jurídico, levando em consideração, dentre outros aspectos, a situação patrimonial deste. A partir de tal momento, então, o sistema jurídico passa a intervir, no intuito de coibir os atos de alienação que venham a alterar o patrimônio do sujeito responsável ao ponto de torna-lo insolvente. Protege-se, com isso, a *legítima expectativa* que o credor deposita – justamente com base naquela situação patrimonial – na possibilidade de satisfação forçada do seu direito caso esta se faça necessária.

Não se pode negar, é certo, que o devedor, como qualquer outro indivíduo, tem seu direito de propriedade protegido pela Constituição Federal (art. 5.º, XXII), que proclama a inviolabilidade deste (art. 5.º, *caput*). O fato, contudo, é que é o próprio texto constitucional quem impõe limites a este mesmo direito,<sup>21</sup> que deve, por exemplo, atender à sua função social (art. 5.º, XXIII).

Parece-nos interessante, neste ponto, observar a propriedade que o devedor ou terceiro responsável exerce sobre seus bens sob a ótica do *abuso de direito* (CC/2002, art. 187),<sup>22</sup> segundo a qual o exercício de um direito subjetivo, que a princípio não representaria qualquer ilegalidade, torna-se *ilícito* quando são desrespeitados certos limites, e são prejudicados os direitos de terceiros.<sup>23</sup>

É exatamente o que ocorre com o exercício, pelo sujeito responsável, da prerrogativa de dispor de seus bens. Pode, é certo, ser livremente exercida, desde que não sejam lesados os interesses de seus credores de poder encontrar satisfação para as obrigações pela via do processo de execução. A partir de então, superado tal limite, o ato de disposição pode ser taxado de ilícito, a merecer, portanto, reação da ordem jurídica.<sup>24</sup>

Trata-se, como nos parece, de ideia que pode oferecer interessante perspectiva em relação aos requisitos que devem estar presentes para o reconhecimento das chamadas *fraudes patrimoniais*, no intuito de tornar sem efeito perante o credor a alienação de bens pelo responsável que venha a coloca-lo em situação de insolvência. É que, como veremos, doutrina e jurisprudência afirmam, em geral, a necessidade de se comprovar, além da insolvência do devedor (*eventus damni* – requisito *objetivo*), o conhecimento, por parte dos envolvidos no negócio jurídico, do prejuízo aos interesses dos credores (*consilium fraudis* – requisito *subjetivo*).

Lembramos, todavia, que, conforme a interpretação majoritária, o art. 187 do CC/2002 não exige, para a configuração do abuso de direito, a presença de qualquer elemento subjetivo, tendo sido adotada a chamada *teoria objetiva ou finalística*.<sup>25</sup> E isso indica, a nosso ver, a desnecessidade de que esteja provado, *em relação ao devedor (ou ao responsável secundário)*, seja a má-fé (*dolo*), seja o próprio conhecimento ou possibilidade de conhecimento da lesão à sua própria solvabilidade (*culpa*).<sup>26</sup> Basta, destarte, a presença do elemento objetivo relativo à insolvência para que o exercício de sua faculdade de dispor da coisa se revele abusivo e, assim, mereça ser repellido pela ordem jurídica.

No confronto das posições do credor e do devedor é de se levar em conta, por fim, que a própria ordem jurídica material já estabelece certa proeminência daquele, a quem assegura o direito de exigir deste uma dada prestação. Para garantir a efetividade deste direito, o sistema processual (e, como vimos, constitucional), por sua vez, garante ao titular de um crédito inadimplido a possibilidade de buscar as vias executivas para a aplicação de uma sanção que, por meio da expropriação de bens do sujeito responsável, garanta a satisfação forçada de seu interesse. Fica claro, deste modo, que a proteção do direito de propriedade do devedor fica relegada a um plano secundário, se comparada ao direito do credor à execução forçada.<sup>27</sup>

### 7.3.3. Direitos do terceiro adquirente

Além da posição do sujeito cujo patrimônio é responsável pelo inadimplemento da dívida, há que se considerar que as técnicas de proteção da responsabilidade acabam por afetar, em grande parte das vezes, direitos daqueles sujeitos a quem a propriedade do bem é transferida. Façamos, agora, da figura do chamado *terceiro adquirente*, confrontando seus interesses com os do credor.

Em primeiro lugar, é importante notar que, ao contrário do que ocorre com o devedor ou outro sujeito responsável – a quem, como dito, a ordem jurídica já atribui, aprioristicamente, posição de desvantagem –, não há que se falar, num primeiro momento, em qualquer direito do credor em relação ao terceiro adquirente.

O legislador, na verdade, adotando mais uma vez posição intermediária, privilegia os chamados *terceiros de boa-fé*, evitando que aqueles adquirentes que não conheciam – ou não tivessem sequer a possibilidade de conhecer – o dano causado à responsabilidade patrimonial tenham de suportar *prejuízos* em razão da proteção dos interesses dos credores.

É por isso que, como veremos, em relação aos negócios jurídicos *onerosos* – isto é, aqueles em que há contraprestação pela transferência do bem –, o reconhecimento da fraude está condicionado à demonstração de que o adquirente tinha (ou poderia ter) ciência do prejuízo causado ao credor. Privilegia-se, neste caso, o interesse do terceiro de boa-fé em manter a propriedade sobre a coisa adquirida, em detrimento do direito do credor de ver a obrigação satisfeita pela via expropriativa.<sup>28</sup>

Por outro lado, nos negócios jurídicos *gratuitos* – em que a transferência do bem se deu sem contraprestação alguma por parte do adquirente –, não é exigida a demonstração de qualquer estado subjetivo por parte do terceiro. Basta, assim, que se comprove que o ato provocou ou agravou a insolvência do devedor, ou que de algum outro modo causou danos à responsabilidade patrimonial, independentemente da ciência daquele a quem tenha sido transferida a propriedade da coisa. Aqui, entre sacrificar o ganho deste, e o direito do credor originário, o sistema opta por preservar este último.<sup>29</sup>

Estamos diante, mais uma vez, de escolha política do legislador, que poderia ter criado sistema distinto, em que, por exemplo, simplesmente fossem ignorados os direitos de terceiros, privilegiando, sempre, a tutela do crédito. Ou, numa situação oposta, poder-se-ia fazer prevalecer em qualquer situação a propriedade do terceiro adquirente, impedindo a excussão de qualquer bem que passasse à sua titularidade.<sup>30</sup>

Como dito, porém, optou-se por caminho, que, se por um lado permite ao credor buscar a expropriação de bens que já tenham sido alienados pelo devedor, protege, por outro, aqueles adquirentes que, tendo agido de boa-fé, sujeitaram-se a alguma espécie de contraprestação na aquisição da coisa.

#### *7.4. Os mecanismos destinados a dar publicidade às situações configuradoras de fraude: compatibilização dos interesses do credor e do terceiro adquirente*

Ainda no intuito de equilibrar os interesses do terceiro adquirente e do credor, são interessantes certos mecanismos criados pelo legislador que visam, direta ou indiretamente, a dar *publicidade* a algumas das situações que podem ensejar o reconhecimento das fraudes do devedor.

Tratam-se de técnicas que, antes de tudo, privilegiam a boa-fé de quem pretende adquirir um bem de propriedade do sujeito responsável, permitindo que tenha ciência de certas situações que possivelmente ensejarão o reconhecimento de fraude e, assim, que avalie a conveniência de firmar ou não o negócio jurídico. Por outro lado, a utilização destes mecanismos torna mais simples – ou, por vezes, desnecessária – a prova da ciência do terceiro adquirente a respeito das situações objetivas necessárias à configuração das fraudes, resguardando, assim, os interesses do credor.

É importante dizer que, ainda que estes instrumentos tenham origem e finalidades diversas, acabam por ter o condão de tornar pública alguma situação potencialmente caracterizadora de fraude, e, assim, podem ser reconduzidos ao contexto mais geral de tutela à responsabilidade patrimonial.

Vale notar, neste ponto, que, diversamente do que se via no CPC/1973, o CPC/2015, ao cuidar das hipóteses caracterizadoras de fraude à execução, elenca, nos incs. I a III do art. 792, situações em que o ato de alienação ou oneração ocorre após ter o credor lançado mão de alguns destes mecanismos. Nestes casos, como veremos, em se tratando de bens sujeitos a registro público, uma vez que nele tenha o credor procedido à averbação da pendência do processo (art. 792, I e II) ou do ato de constrição judicial (art. 792, III), presume-se o seu conhecimento de modo absoluto por terceiros, de modo que qualquer aquisição que ocorra a partir deste momento é considerada fraudulenta.

Nesta linha, aliás, o art. 799, IX, do CPC/2015 cria, para o exequente, a incumbência de proceder à averbação, no registro público do bem, do “*ato de propositura da execução*” ou de “*atos de constrição realizados*”, situações que, como veremos, precisam ser de conhecimento do terceiro adquirente para que fique configurada a fraude. Nestes casos, a realização da averbação deve ser encarada como um verdadeiro *ônus* que pesa sobre o credor, na medida em que a sua não desincumbência impede que goze da vantagem representada pela presunção absoluta de conhecimento de terceiros a respeito da existência da constrição ou da pendência do processo executivo.

Assim, por exemplo, em se tratando de ação destinada à entrega de coisa certa, uma vez que pendência do processo tenha sido averbada no registro público do bem, a sua alienação configura fraude à execução, nos termos do art. 792, I, do CPC/2015. Vale mencionar, todavia, que, de acordo com as premissas adotadas neste trabalho, não se tem, no caso, violação à responsabilidade patrimonial, na medida em que a execução, nesta hipótese, se processará pela via do desapossamento.<sup>31</sup>

Já no caso de ação de execução de título extrajudicial para *pagamento de quantia*, pode o exequente obter “*certidão de que a execução foi admitida pelo juiz*”, que, uma vez averbada “*no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade*”,

## **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**

### **PARTE III – A TUTELA JUDICIAL DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL**

#### **9. A TUTELA REPRESSIVA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL**

### **9. A TUTELA REPRESSIVA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL**

Vistos, no capítulo anterior, alguns dos instrumentos por meio dos quais o sistema processual brasileiro permite, ao credor, atuar no sentido de evitar os atos de dilapidação patrimonial praticados pelo sujeito responsável, passaremos, agora, como etapa final deste trabalho, a analisar as principais técnicas voltadas a agir repressivamente, após a ocorrência do ato de lesão à responsabilidade patrimonial.

É importante, para tanto, compreender que os mecanismos de repressão aos desfalques patrimoniais praticados pelo devedor ou pelo terceiro responsável variam conforme o momento em que ocorrido o ato lesivo aos interesses do credor. É que, entre o nascimento da obrigação e a satisfação do crédito por via da execução forçada, transcorre certo espaço de tempo em que uma série de atos é realizada no intuito de que se possa alcançar este último objetivo. E, dentre estes atos, o sistema processual escolhe alguns que, por seu significado, funcionam como verdadeiros marcos temporais a partir dos quais a alienação dos bens em prejuízo à responsabilidade patrimonial é considerada mais grave, a merecer, portanto, reação mais enérgica da ordem jurídica.

Classificam-se, destarte, as chamadas *fraudes patrimoniais* em (i) *fraude contra credores*, que ocorre quando o desfalque se dá entre o *nascimento da obrigação* e o início de algum *processo* a ela relativo; e (ii) *fraude à execução*, que se verifica quando a alienação se dá a partir do momento em que exista processo em curso contra o responsável. Há, ademais, especificamente para a cobrança de créditos tributários, a (iii) *fraude à execução fiscal*, que ocorre após a inscrição do débito em dívida ativa.

No sistema do CPC/1973, parte da doutrina falava, ainda, na *alienação de bem penhorado/constrito*,<sup>1</sup> que se dava após algum ato de constrição (arresto, penhora, arrolamento etc.) recair concretamente sobre um específico bem integrante do patrimônio responsável. O fato, porém, é que tais atos, que não se encontravam expressamente tipificados no Código revogado, foram, no CPC/2015, enquadrados na disciplina da fraude à execução (art. 793, III), razão pela qual passamos a analisa-los no contexto desta.

É muito importante ter em mente tais momentos pelo fato de que, como se disse, varia o regime jurídico aplicável ao ato de dilapidação patrimonial conforme se esteja diante de cada uma destas situações. Pode ocorrer, inclusive, que um mesmo ato de alienação praticado pelo sujeito responsável configure, por exemplo, fraude à execução em relação a um credor, e fraude contra credores para outros.

Não é impossível, aliás, que, para um mesmo sujeito, o ato configure modalidades distintas de fraude em relação a cada um dos créditos de que seja titular. Assim, por exemplo, para um só credor, a alienação de um bem do devedor pode ser considerada em fraude à execução para os créditos já judicializados, fraude contra credores para aqueles que ainda não foram objeto de qualquer processo, e, ainda, não ter qualquer efeito para aqueles créditos que apenas vierem a se constituir posteriormente ao ato. Imagine-se, ainda, a hipótese em que uma pessoa jurídica é devedora de diversos tributos em face de um mesmo ente da administração pública: apenas para aqueles débitos já inscritos em dívida ativa é que se configurará fraude à execução fiscal na forma do art. 185 do CTN.<sup>2</sup>

Trataremos, agora, de cada uma dessas situações, analisando os instrumentos de que dispõe o credor para se resguardar dos prejuízos por elas causados.

### 9.1. Fraude contra credores

Regulada pelo Código Civil (arts. 158 a 165),<sup>3</sup> a fraude contra credores ocorre, em geral, quando, antes da existência de qualquer processo, o responsável aliena ou onera bens de sua propriedade e, com isso, torna-se insolvente. É comumente apontada como um *vício social*,<sup>4</sup> que, nos termos do art. 171, II do CC/2002, fulminaria o negócio jurídico em que realizada de anulabilidade, o que, como veremos, não escapa de críticas.

É tida pela quase unanimidade da doutrina como instituto de *direito material*,<sup>5</sup> o que, entretanto, não se coaduna, pelas razões que vimos anteriormente, com o seu escopo de tutela da responsabilidade patrimonial e, assim, de *proteção ao processo*.<sup>6</sup>

Variados são os atos jurídicos que podem caracterizar fraude contra credores, bastando que levem o devedor à insolvência. São eles, de acordo como CC/2002: a) transmissão gratuita de bens ou remissão de dívidas (art. 158); b) negócios onerosos (art. 159); c) pagamento antecipado de dívidas (art. 162); e d) outorga de direitos preferenciais (art. 163).

É rica a casuística dos atos fraudulentos que pode ser extraída da doutrina e da jurisprudência. Podemos pensar, por exemplo, na doação de bens para um filho ou cônjuge, ou na renúncia de herança em prol de parentes. Ou, ainda, no perdão de uma dívida, bem este penhorável de acordo como art. 835, XIII c/c o art. 855 do CPC/2015. Clássico, também, é o exemplo da venda de um bem a preço inferior ao de mercado a um “testa de ferro”. De toda sorte, é desaconselhável que se tente elaborar um rol exaustivo dos atos que podem caracterizar a fraude contra credores, bastando que estejam preenchidos os seus requisitos para que o ato esteja inquinado com o respectivo vício.<sup>7</sup>

#### 9.1.1. Requisitos

É comum se falar, com base no art. 159 do CC/2002<sup>8</sup> (equivalente ao art. 107 do CC/2016), na necessidade do preenchimento de dois requisitos (ou elementos constitutivos) para a caracterização da fraude contra credores. O primeiro, (i) *objetivo*, seria o *dano* que do ato resulta ao credor (*eventus damni*), consistente na *redução patrimonial* que leve o devedor à *insolvência* ou agrave tal situação acaso já existente. O outro, (ii) *subjetivo*, diz respeito ao elemento *fraudulento* (*consilium fraudis*), concernente à má-fé, o intuito malicioso de prejudicar os credores.<sup>9</sup>

Quanto a este último requisito, a doutrina vem apontando, todavia, ser desnecessária a *intenção* das partes envolvidas no negócio jurídico de prejudicar os credores (o chamado *animus nocendi*), bastando, na verdade, a *consciência*, do *devedor/alienante* e do *terceiro adquirente* da situação patrimonial daquele e de que o ato pode provocar ou agravar a insolvência.<sup>10</sup> A mesma orientação, ao que parece, vem sendo seguida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>11</sup>

Parte minoritária dos autores, todavia, afasta a necessidade de que o *devedor/alienante* tenha conhecimento de sua situação de insolvência. Bastaria, destarte, que o *terceiro adquirente* esteja consciente da possibilidade de que o negócio jurídico cause dano aos credores (*scientia fraudis*).<sup>12</sup>

É justamente esta última posição, segundo nos parece, que deve prevalecer, considerando que, como expusemos anteriormente, o exercício, pelo devedor, do poder de dispor de seus bens, quando ultrapassa os limites de sua solvabilidade – e, com isso, prejudica seus credores – configura *abuso de direito* (CC/2002, art. 187).<sup>13</sup> E, para tanto, não se exige a presença de qualquer elemento subjetivo, o que afasta a necessidade de conhecimento por parte do devedor.

É de se considerar, aliás, que o art. 159 do CC/2002 não exige, em momento algum, o conhecimento, por parte do devedor, de sua própria insolvência, falando, apenas, na notoriedade desta situação ou na existência de motivos de que seja conhecida pelo “*outro contratante*”, ou seja, pelo adquirente.<sup>14</sup>

Diferente, todavia, na linha do que expusemos, é o que se passa com o *terceiro adquirente*: quanto a este, por opção política do legislador, busca-se privilegiar os atos de boa-fé, razão pela qual é necessário que esteja ciente da insolvência do devedor, ou, ao menos, que por alguma razão não possa ignorar a situação patrimonial daquele que lhe transferiu a coisa.

Em relação aos *atos gratuitos*, todavia, como se pode extrair do art. 158 do CC/2002,<sup>15</sup> dispensa-se por completo a presença do elemento subjetivo, sendo indiferente o conhecimento dos envolvidos no negócio jurídico a respeito da situação patrimonial do devedor. A intenção, como vimos, é privilegiar o direito do credor, em detrimento do ganho daquele a quem aproveitaria o ato. De toda sorte, doutrina<sup>16</sup> e jurisprudência<sup>17</sup> fazem questão de alertar que, mesmo nestes casos, é necessário que o ato seja capaz de provocar ou agravar a insolvência do responsável.

Vale dizer, por fim, que, apesar de a doutrina mencionar normalmente os dois pressupostos acima mencionados para caracterização da fraude contra credores, há outro que se pode extrair do art. 158, § 2.º do CC/2002,<sup>18</sup> que diz respeito à necessidade de que (iii) o *crédito já exista* no momento em que praticado o ato supostamente fraudulento.<sup>19-20</sup> Trata-se, assim, do requisito da *anterioridade do crédito*, corriqueiramente apontado pela jurisprudência do STJ.<sup>21</sup> A explicação para tal exigência, de acordo com os autores, está no fato de que aqueles que se tornam credores após o negócio jurídico já encontram, no momento da constituição da obrigação, o patrimônio do devedor desfalcado, não tendo do que se queixar.<sup>22</sup>

A exigência, ademais, se coaduna com a ideia de que a responsabilidade patrimonial alcança os bens “presentes e futuros” em relação ao surgimento da dívida (CPC/2015, art. 789), mas não os bens “passados”, isto é, aqueles que não mais integravam o patrimônio do devedor naquele momento.

Importante deixar claro que não há necessidade de que o crédito já seja *exigível* no momento em que se pratica o ato danoso para reputá-lo fraudulento. Basta, assim, que a obrigação já exista, ainda que esteja sujeita a termo.<sup>23</sup> Por outro lado, como logo veremos, exige-se o vencimento da dívida para que o credor tenha *interesse* na propositura da ação pauliana.

Não se faz necessário, ainda, que a obrigação, à época do ato fraudulento, já estivesse corporificada em título executivo ou mesmo que tivesse reconhecimento judicial. Em relação ao direito à reparação por ato ilícito, por exemplo, se aceita que a fraude fique configurada desde o momento em que ocorrido o evento danoso. Admite-se, ademais, que o crédito seja, ao tempo da alienação/onerção, ilíquido, condicional, ou, mesmo, eventual. Pode se configurar como fraudulenta, por exemplo, a redução patrimonial realizada pelo afiançado ou pelo avalizado mesmo antes de o fiador/avalista quitar o débito principal.<sup>24</sup>

Interessante notar, por fim, a existência de julgados oriundos do STJ que relativizam o pressuposto da anterioridade do crédito, em casos nos quais, mesmo antes do surgimento da obrigação, há o desfazimento de bens com o intuito predeterminado de afastar o preenchimento do requisito e, assim, lesar futuros credores.<sup>25-26</sup> Atinge-se, com isso, bens *passados* à dívida, excepcionando a regra do art. 789 do CPC/2015, o que, porém, parece-nos justificável.

### 9.1.2. Efeitos

Apesar de o Código Civil, em diversos dispositivos, deixar claro que o negócio jurídico fraudulento seria *anulável* (arts. 158, 159, 165, 171, II, 178, II), ideia que foi repetida pelo art. 791, VI, do CPC/2015, é grande a polêmica a respeito dos efeitos que acarretaria o reconhecimento da fraude contra credores.

Dentre os civilistas, a posição praticamente unânime é no sentido de que o vício fulminaria o ato de anulabilidade. Assim, o reconhecimento da fraude contra credores acarretaria a anulação do negócio jurídico. E, tolhido este de qualquer eficácia, o bem alienado retornaria ao patrimônio do devedor/alienante.<sup>27</sup> Tal opinião é seguida, ainda, dentre diversos processualistas.<sup>28</sup>

Há, entretanto, parcela importante da processualística brasileira<sup>29</sup> que, fortemente

influenciada por Liebman,<sup>30-31</sup> entende que o reconhecimento da fraude contra credores acarretaria apenas a *ineficácia relativa* do negócio jurídico, ou, ainda, sua *inoponibilidade*. Tal posição, vale dizer, continua a ser defendida mesmo à luz da redação do art. 789, VI, do CPC/2015.<sup>32</sup>

Isto é: não se desfaz o negócio jurídico por completo, mas, tão somente, garante-se que o bem alienado continue sujeito à atividade executiva. Não é assim, privado do efeito de transferir a coisa ao domínio do adquirente, mas apenas daquele, secundário, de excluí-lo da responsabilidade patrimonial (daí a sua *ineficácia relativa*). Ou, então, pode-se entender que o negócio jurídico produz seus regulares efeitos entre as partes (*infraeficácia*), sendo, todavia, *inoponível* ao credor prejudicado.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apesar de se encontrar julgados mais antigos afirmando a anulabilidade do negócio fraudulento,<sup>33</sup> há outros, mais recentes, adotando a ideia de *ineficácia*.<sup>34</sup>

E, de fato, a análise mais detida da questão revela a superioridade da tese que advoga pela *ineficácia relativa* do ato, se comparada à de sua anulabilidade. Podemos, para tanto, mencionar argumentos de diversas ordens.

Em primeiro lugar, do ponto de vista *estrutural*, costuma-se apontar que a validade de um negócio jurídico está sujeita à observância de seus *requisitos intrínsecos*, ligados, em geral, à capacidade dos agentes, à licitude e à possibilidade do objeto, e à observância da forma prevista ou não vedada em lei (CC/2002, art. 104). Presentes todos estes requisitos, o ato é válido e, assim, tem a capacidade de produzir os efeitos programados pelas partes. Ausente qualquer deles, o ato é inválido e, aplicada a sanção de nulidade ou de anulabilidade, não produz efeito algum.

Diferente disso, todavia, é o que ocorre quando o ato, apesar de intrinsecamente válido – apto, assim, a produzir seus efeitos entre as partes –, *atinge direitos de terceiros*, prejudicando-os. Nestes casos, o sistema jurídico cuida de tolher justamente estes efeitos que violam direitos de sujeitos estranhos ao negócio jurídico. Fala-se, por isso, em *ineficácia relativa* (vez que permanecem os efeitos entre as partes) ou em *inoponibilidade*.<sup>35</sup>

É exatamente esta última situação que pode ser enxergada na fraude contra credores: o negócio jurídico, no caso, é válido, já que atende a todos os seus requisitos intrínsecos. Ocorre, contudo, que, justamente por tornar o devedor/alienante insolvente, viola a garantia que seu patrimônio representa em relação às suas dívidas, prejudicando, dessa forma, os interesses de seus credores. Cabe, assim, ao sistema jurídico, simplesmente retirar do ato os efeitos prejudiciais a terceiros, sem necessidade de interferir naqueles produzidos entre as partes. Basta, por outras palavras, que se mantenha a possibilidade de que o bem sofra os atos de expropriação forçada.

A este argumento podemos acrescentar outro, de ordem *teleológica*: o objetivo que se quer alcançar por meio do instituto da fraude contra credores é, apenas, o de fazer com que o bem, embora alienado, permaneça sujeito à possibilidade de sofrer os atos de expropriação executiva. E, para tanto, é indiferente aos interesses do credor que continue ele a ser propriedade do adquirente, ou que retorne ao patrimônio do devedor, bastando que possa ser utilizado para satisfação de seu crédito.

Por outro lado, impor a anulação do negócio jurídico, com o retorno do bem ao patrimônio do devedor, equivaleria a sacrificar *além do necessário* os interesses daquele que o adquiriu, e, ainda, beneficiar o alienante que agiu fraudulentamente.<sup>36</sup> Vejamos.

É de se pensar, primeiramente, na hipótese em que, expropriado o bem, seu valor seja *superior* ao do crédito exequendo e, assim, haja *saldo na execução*: ao acolher a tese da anulabilidade, a conclusão a que chegaríamos é a de que o montante remanescente pertenceria ao devedor/alienante, e não ao adquirente.

Outra situação possível é a aquela em que, reconhecida a fraude contra credores, o processo ou

fase executiva vem posteriormente a ser *extinto* pelo acolhimento de embargos à execução ou de impugnação do executado, ou, ainda, pela falta de um de seus requisitos de admissibilidade. Nestes casos, se considerarmos que o negócio jurídico foi anulado, o bem seria mantido sob a propriedade do devedor. Se, por outro lado, entendermos, como aqui se propõe, que o negócio simplesmente é inoponível ao credor, permanece ele hígido entre as partes e, assim, a titularidade é do adquirente.

Pode-se cogitar, por fim, da possibilidade de que, após o reconhecimento da fraude contra credores, o adquirente, no intuito de evitar a expropriação do bem, tenha interesse em pagar a dívida exequenda, *remindo a execução*. Se, contudo, entende-se pela anulação do negócio jurídico, tal ato em nada aproveitaria ao adquirente, vez que o bem já teria retornado ao patrimônio do devedor.

Por tudo isso, destarte, de um ponto de vista teleológico, a anulação do ato vai além do escopo que a fraude contra credores visa atingir, sacrificando desnecessariamente os interesses do adquirente. Propósito este que seria igualmente alcançado por meio da simples declaração de ineficácia. E, diante da inadequação do meio ao fim, a anulação revela-se *desproporcional*.

Coloca-se, ainda, outro argumento, de ordem *histórica e comparatística*: conforme a primorosa pesquisa realizada por Humberto Theodoro Jr., as origens romanas da ação pauliana revelam que era ela simplesmente um meio de trazer o bem de volta à responsabilidade patrimonial, e não de declarar a nulidade da transferência.<sup>37</sup> Da mesma forma, a análise de diversos ordenamentos jurídicos demonstra uma tendência geral de alocar o instituto no campo da inoponibilidade ou ineficácia relativa, e não no da invalidade.<sup>38</sup>

Por fim, acrescentaríamos um outro argumento, de ordem *sistemática*: em relação a todos os demais instrumentos de repressão às fraudes do devedor, a orientação praticamente unânime é no sentido da ineficácia relativa, e não da anulabilidade. A mesma consequência é provocada, aliás, quando se aliena um bem que se sujeitou a uma medida preventiva, como o arresto, ou mesmo a uma medida executiva, como a penhora.

Sendo assim, atendendo ao que nos propusemos anteriormente, na tentativa de integrar os instrumentos de tutela da responsabilidade patrimonial à disciplina mais ampla desta,<sup>39</sup> não vemos razão para dar tratamento diferenciado à fraude contra credores. Aliás, não nos parece fazer sentido que a fraude pauliana produza efeito mais agressivo (anulação) que as demais formas de fraudes do devedor (ineficácia relativa), se considerarmos que estas são tidas como mais graves que aquela.

### 9.1.3. Técnica processual

Para que seja reprimida a fraude contra credores, seria necessário, segundo se extrai dos arts. 790, VI, do CPC/2015 e 161 do CC/2002,<sup>40</sup> o ajuizamento de *ação autônoma*, a chamada *ação pauliana* ou *revocatória*, não sendo possível seu reconhecimento de modo incidental no curso de outro processo. É esta, ainda, a posição quase pacífica da doutrina, sustentada não apenas por aqueles que acolhem a tese da anulabilidade,<sup>41</sup> mas, também, por quem afirma que o vício do negócio jurídico seria apenas de ineficácia relativa.<sup>42</sup>

Exatamente com base nesta ideia, não se tem admitido que a fraude contra credores seja alegada como matéria de defesa em *embargos de terceiro*. Tal posição, defendida em conhecido estudo por Cândido Dinamarco,<sup>43</sup> foi cristalizada na Súmula 195 do STJ,<sup>44</sup> e vem sendo reiteradamente adotada até os dias de hoje.<sup>45</sup>

A nosso ver, contudo, a questão comporta solução diferente.

É bem verdade que da interpretação literal do art. 790, VI do CPC/2015 e do art. 161 do CC/2002 se pode extrair a ideia de que a fraude contra credores deve ser veiculada, sempre, por meio de demanda própria. Não nos parece, todavia, que tal argumento deva ser decisivo para solucionar o problema, se levarmos em conta, por exemplo, que parte da doutrina e da jurisprudência não vê



maiores problemas em afirmar que a consequência do reconhecimento da fraude pauliana é a ineficácia relativa do ato, mesmo diante da clareza dos arts. 158, 159, 165, 171, II e 178, II do CC/2002 em prol da anulabilidade.

Deve-se considerar, neste ponto, que, muitas vezes, o credor não tem ciência, antes de tentar proceder à excussão do bem, de que foi ele alienado a terceiro. Acaba, assim, por descobrir a fraude pauliana apenas quando, realizada a penhora, o adquirente ajuíza os embargos de terceiro em face dele (CPC/2015, art. 674). Nestes casos, impedir a alegação de fraude pode implicar na impossibilidade de que o credor encontre satisfação para seu direito através da execução forçada.

Interessante notar que a questão não se coloca em relação às demais fraudes do devedor, que podem perfeitamente ser discutidas de forma incidental nos embargos de terceiro ou no próprio procedimento executivo. Da mesma forma, como pudemos observar, todas as técnicas de tutela preventiva da responsabilidade patrimonial podem, atualmente, ser manejadas de forma incidental a um processo já em curso. É de se questionar, assim, se haveria alguma razão que justificasse um tratamento diferenciado para a fraude contra credores.

Para aqueles que entendem que a fraude contra credores é causa de anulabilidade, o fato é que há, sim, razão que justifique tratamento diferenciado em relação às demais hipóteses. É que o ato anulável, diferentemente do que se passa com o nulo, produz provisoriamente seus efeitos até que lhe seja aplicada a respectiva sanção. Dessa forma, enquanto não invalidado o ato, o bem, transferido ao terceiro, permanece fora do patrimônio responsável, tornando, destarte, ilícita a penhora atacada pela via dos embargos de terceiro, que, assim, devem ser julgados procedentes.<sup>46</sup>

O fato, porém, é que buscamos cabalmente afastar a ideia de que o reconhecimento da fraude contra credores levaria à anulação do ato de alienação.

No estudo acima mencionado, Cândido Dinamarco justificou a impossibilidade de discussão da fraude pauliana nos embargos de terceiro pelo fato de que, conquanto ocasione apenas a ineficácia do ato perante o credor, tratar-se-ia de *ineficácia sucessiva e eventual*. Isto é: o ato produz o efeito secundário de retirar o bem do patrimônio responsável *até que* seja reestabelecida a sua sujeitabilidade aos atos de execução. Fala, assim, que a sentença da ação pauliana teria natureza *constitutiva*.<sup>47</sup> Dessa forma, não tendo sido a ineficácia produzida anteriormente à penhora, esta seria ilegal, não havendo solução além da procedência dos embargos de terceiro.

A tese, porém, conquanto engenhosa, carece de maior demonstração. Não vemos qualquer razão para que a fraude contra credores produza a ineficácia sucessiva do negócio jurídico, ao passo que, na fraude de execução, o vício é originário. Parece-nos claro, aliás, que a violação aos interesses do credor já existe, em qualquer destes casos, desde o momento em que praticado o ato de alienação. A decisão judicial, destarte, apenas *declara* que o ato, desde o seu nascedouro, não produz seus efeitos em relação ao credor.<sup>48</sup>

Por tal razão, ante o caráter originário do vício, pensamos que, assim como ocorre com as demais modalidades de fraudes do devedor, deveria ser aceita a apreciação da fraude pauliana de forma incidental aos embargos de terceiro. Ao juiz, uma vez presentes os requisitos, caberia reconhecer a inoponibilidade do ato ao credor e, dessa forma, reconhecer a validade da penhora, julgando improcedentes os embargos.<sup>49</sup> Parece-nos, por isso mesmo, que *deve ser cancelada a Súmula 195 do STJ*.

Nas situações em que, antes de requerer a penhora de determinado bem, o exequente já tenha conhecimento de que este fora alienado fraudulentamente, entendemos que deveria ser aplicada, à fraude contra credores, a mesma sistemática prevista no art. 792, § 4.º, para a fraude à execução: uma vez alegada a fraude, caberá, ao juiz, antes de decretá-la, intimar o adquirente para, querendo, opor embargos de terceiro no prazo de quinze dias, onde será discutida a existência do vício. É de se notar, inclusive, que o art. 675, parágrafo único, do CPC/2015, determina que, tendo identificado “a existência de terceiro titular de interesse em embargar”, o juiz mande intimá-lo pessoalmente, justamente para possa se valer daquela via.

Já nos casos em que o credor apenas tome conhecimento da alienação do bem após o ajuizamento de embargos de terceiro pelo adquirente, não se deve impedir, pelas razões acima vistas, que, em sua contestação, alegue a ocorrência da fraude visando a obter, com isso, a improcedência da demanda.

Todo este raciocínio, vale dizer, parte do pressuposto, que nos parece correto, de que, ao contrário do que indica o art. 790, VI, a fraude contra credores não precisa ser objeto de demanda autônoma.

Ainda, porém, que venha a prevalecer a tese contrária, parece-nos que há, no sistema processual, mecanismo capaz de possibilitar, ao credor, uma vez citado em embargos de terceiro, *reagir*, por meio da alegação de fraude contra credores, no intuito de manter a constrição sobre o bem.

Referimo-nos à possibilidade de que, citado nos embargos de terceiro, o credor/exequente faça uso de *reconvenção* a fim de que, reconhecida a fraude, seja *declarada* a ineficácia relativa do ato de alienação em relação à execução e, com isso, seja a pretensão deduzida nos embargos julgada improcedente. É se notar, neste ponto, que desapareceram, à luz do CPC/2015, dois dos principais obstáculos que a doutrina costumava apontar para tanto no sistema do CPC/1973.

Antes de tudo, é importante deixar claro que exigir *ação autônoma* para o reconhecimento da fraude não equivale, de modo algum, a pressupor que esta mesma ação deva ser veiculada em um *processo autônomo*, isto é, em uma relação processual e um procedimento voltados unicamente ao seu julgamento.

Nesta linha, não nos parece haver dúvidas de que, sendo a reconvenção técnica por meio da qual o réu exerce *direito de ação* em face do autor, no mesmo processo em face dele já instaurado, a alegação de fraude contra credores por esta via, nos autos dos embargos de terceiro, supriria o requisito da *“ação autônoma”*, exigido no art. 790, VI.<sup>50</sup> E, uma vez declarada a ineficácia da alienação em sede de reconvenção, e reconhecida a possibilidade de o bem ser objeto da execução, os embargos de terceiro haveriam de ser julgados improcedentes.

No sistema do CPC/1973, porém, havia um importante obstáculo de ordem procedimental à adoção deste expediente. É que, como se extraía de seu art. 1053, transcorrido o prazo de dez dias para a apresentação de contestação, os embargos de terceiro deveriam ser processados na forma do art. 803, que cuidava do procedimento comum das ações cautelares. Por outro lado, a ação pauliana deveria tramitar pelo rito comum ordinário, de onde se concluía pela incompatibilidade de procedimentos, a inviabilizar a cumulação.<sup>51</sup>

O fato, porém, é que, no CPC/2015, como se vê do disposto no art. 679, os embargos de terceiro submetem-se, após o prazo de *quinze dias* para contestação, ao *procedimento comum*, exatamente o mesmo em que deve tramitar a ação pauliana. Em outras palavras, não há mais a incompatibilidade procedimental acima mencionada, permitindo, portanto, a cumulação superveniente por meio da reconvenção.<sup>52</sup>

Outra dificuldade apontada pela doutrina era, ainda, o fato de que, em regra, seriam partes dos embargos de terceiro apenas o adquirente do bem, como autor, e o credor/exequente, como réu. Quanto ao devedor/executado, apenas seria citado como réu nos casos em que houvesse indicado o bem para a constrição judicial,<sup>53</sup> na linha, aliás, do que ficou consagrado pelo art. 677, § 4.º, do CPC/2015. Por outro lado, na ação pauliana, deveriam ser citados, como réus, tanto o devedor, alienante do bem, quanto o adquirente, conforme interpretação que, como veremos, é amplamente majoritária.

Por tal razão, nos casos em que o executado não fosse admitido como réu dos embargos de terceiro, a permissão para que a ação pauliana fosse deduzida em via reconvenicional equivaleria a priva-lo de participar da discussão quanto à ocorrência, ou não, da fraude contra credores, em prejuízo, portanto, ao pleno exercício do contraditório.<sup>54</sup>

O sistema do CPC/2015, todavia, consagrou, em seu art. 343, § 3.º, a possibilidade de que a reconvenção seja “*proposta contra o autor e terceiro*”.<sup>55</sup> Deste modo, nos casos em que o réu de determinado processo tenha pretensão conexa com a ação originária ou com o fundamento da defesa, mas para cuja discussão seja necessária a presença de outro sujeito além do autor originário, pode deduzir a reconvenção, que levará à integração do terceiro ao feito, garantindo, assim, a observância do contraditório.

É exatamente o que ocorre na situação aventada: nos casos em que os embargos de terceiro forem propostos pelo adquirente do bem apenas em face do exequente, nada impede que este deduza a pretensão ao reconhecimento da ineficácia relativa do ato de alienação por meio da reconvenção, promovendo-se, para tanto, a citação do devedor.<sup>56</sup>

Vale deixar claro, porém, que a alegação da fraude contra credores em sede de reconvenção manejada em embargos de terceiro pressupõe que se entenda, na linha do que sustentamos acima, que o vício acarreta a *ineficácia relativa originária* do ato de alienação, ou, em outras palavras, que a decisão de mérito na ação pauliana tenha natureza *declaratória*.

Para aqueles, portanto, que entendem que a hipótese é de anulabilidade ou de ineficácia relativa sucessiva – e que, portanto, o caso é de tutela constitutiva –, é de certo modo contraditório sustentar a possibilidade de que a fraude contra credores seja deduzida em reconvenção nos embargos de terceiro.<sup>57</sup> Isso, porque, considerando que os efeitos da decisão na ação pauliana se produziriam *ex nunc*, não retroagindo, então, à data da alienação do bem, parece claro que a constrictão, quando realizada, revestia-se de ilegalidade. E, neste caso, não haveria outro caminho que não o da procedência dos embargos de terceiro.

De todo modo, qualquer que seja a via adequada para tanto, *legitimado ativo* para a alegação de fraude pauliana é aquele que afirma já ser *credor ao tempo da alienação fraudulenta*. Com a redação do atual art. 158, § 1.º do CC/2002,<sup>58</sup> não mais se pode duvidar, ao contrário do que ocorria na vigência do CC/2016,<sup>59</sup> de que não apenas o credor quirografário pode ajuizar a demanda, mas também os titulares de créditos preferenciais cujas garantias tenham se tornado insuficientes.

No que diz respeito à *legitimidade passiva*, a posição dominante, na doutrina,<sup>60</sup> encontrável ainda na jurisprudência do STJ,<sup>61</sup> é, a partir do art. 161 do CC/2002,<sup>62</sup> no sentido de que pertenceria conjuntamente tanto ao *devedor/alienante* quanto ao *adquirente*, assim como a eventuais *subadquirentes*, que deveriam formar um *litisconsórcio necessário unitário*.<sup>63</sup>

Quanto ao *interesse de agir*, depende, para se fazer presente, de ser o crédito *exigível*, sendo o autor carecedor de ação caso proponha a demanda antes do vencimento da dívida. Não quer isso dizer, todavia, que o crédito deva ostentar tal característica no momento da alienação ou oneração para o reconhecimento da fraude contra credores, bastando, como dissemos, que já tenha sido constituído. Uma coisa é exigir a pré-constituição do crédito como requisito para a procedência do pedido (*mérito da causa*); outra é exigir o vencimento da dívida para se aferir a necessidade da prestação da tutela jurisdicional (*condição da ação*).<sup>64</sup>

Considerando que os requisitos caracterizadores da fraude contra credores são fatos constitutivos do direito do credor à obtenção da declaração da ineficácia do ato de alienação do bem, a orientação dominante é no sentido de que é dele o ônus de provar a sua ocorrência (CPC/2015, art. 373, I). Caberia a ele, portanto, demonstrar não apenas a existência do crédito, mas também que o ato lesivo *provocou ou agravou a insolvência* do devedor (*eventus damni*), além de que, para os atos onerosos, tal circunstância era conhecida do adquirente (*consilium fraudis*).<sup>65</sup>

Há que se registrar, entretanto, importante opinião no sentido de que haveria, para estes dois últimos requisitos, *presunção relativa* em favor do credor, sendo, portanto, ônus do devedor/alienante e do adquirente provarem a inexistência do dano e da fraude. Decorreria, isto, da própria regra geral da responsabilidade patrimonial.<sup>66</sup>

Ainda que não concordemos com os argumentos para tanto utilizados, parece-nos interessante o caminho sugerido por esta última opinião, sobretudo se levada em consideração a possibilidade

de que, nos termos do art. 373, § 1.º, seja *redistribuído o ônus da prova*, a partir da “*impossibilidade*” ou da “*excessiva dificuldade*” de uma das partes em cumprir o encargo nos termos do *caput* do mesmo artigo, ou, ainda, da “*maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*” por parte de seu adversário.

Vale lembrar que, conforme ensina a doutrina, o ônus da prova de *cada um dos fatos* relevantes para o julgamento da causa pode ser redistribuído a partir daqueles parâmetros, não havendo necessidade de que haja a inversão do ônus quanto a todos os fatos constitutivos, ou quanto a todos os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor.<sup>67</sup>

Assim, em relação à demonstração do *eventus damni*, não temos dúvidas de que se trata de prova que, se por um lado mostra-se de difícil realização pelo credor – afinal, teria que provar a *inexistência* de bens suficientes no patrimônio responsável –, pode ser facilmente providenciada pelo devedor/alienante, a quem caberia, simplesmente, demonstrar a sua solvabilidade, por meio da existência de bens em seu patrimônio capazes de suportar o crédito. Deve-se lembrar, aliás, que, como dito acima, o interesse de agir para o ajuizamento da ação pauliana pressupõe o inadimplemento da dívida, que serve, de certo modo, de indício de que o devedor encontra-se em dificuldades financeiras.

Por tal razão é que, em relação especificamente ao requisito *objetivo* (insolvência), parece-nos que possa ser aplicada a distribuição dinâmica do ônus da prova (CPC/2015, art. 373, § 1.º), de modo a impor o encargo probatório ao devedor, que dele tem melhores condições de se desincumbir.<sup>68</sup>

Já no que tange ao requisito *subjetivo*, lembremos, antes de tudo, que, conforme procuramos defender, sua presença só se faz indispensável em relação ao *adquirente*, sendo necessário que conheça, ou que deva conhecer, a situação patrimonial do devedor/alienante.

Para tanto, embora não nos pareça que deva ser sempre presumida sua ciência, é o próprio art. 159 do CC/2002 quem indica que basta, para a configuração da fraude, que a insolvência do devedor seja *notória*, ou que, *presumidamente* deva ser por ele conhecida.

Assim, por exemplo, havendo um número considerável de títulos do devedor protestados, o registro de seu nome em cadastros de inadimplentes, a existência de muitas ações executivas em face dele ajuizadas etc., pode-se considerar notória a sua insolvência. Pode, ainda, o juiz, ter por presumido o conhecimento da insolvência do alienante por parte do adquirente diante da clandestinidade do negócio jurídico, da continuação dos bens alienados na posse do devedor quando deveriam passar para o terceiro, pelo parentesco ou afinidade entre os contratantes, pelo fato de o preço pago ser muito inferior ao de mercado, dentre outros.<sup>69</sup>

Dessa forma, diante de fatos indiciários que permitam ao juiz concluir pela provável ciência do adquirente a respeito da insolvência do devedor, deve ser imposto a ele o encargo de provar a sua boa-fé, o que fará demonstrando que diligenciou no intuito de obter aquelas informações, mas nada descobriu.

Vale notar que, neste caso, em relação ao elemento subjetivo da fraude (ciência do terceiro adquirente), diferentemente do que ocorre com o requisito objetivo, não estamos defendendo a aplicação da distribuição dinâmica do *ônus probandi* prevista no art. 373, § 1.º, do CPC/2015, que se liga, sobretudo, à maior ou menor facilidade da obtenção da prova por uma das partes. Trata-se, na verdade, de entender que os fatos acima mencionados podem, uma vez demonstrados, servir de indícios capazes de levar à presunção relativa de que o adquirente tinha conhecimento da situação patrimonial do devedor, cabendo a ele, portanto, demonstrar o contrário.

De todo modo, pelas razões expostas, parece-nos que as circunstâncias da causa podem fazer com que, ao contrário da prova da existência do crédito (que continua a ser encargo do credor), se transfira ao devedor o ônus de demonstrar a sua solvência, e ao adquirente o ônus de provar o seu desconhecimento quanto à situação patrimonial do alienante.

Nestes casos, considerando que, nas alienações onerosas, tanto a insolvência do devedor quanto o conhecimento desta situação pelo adquirente são requisitos para a caracterização da fraude, bastará a qualquer um deles demonstrar o contrário, para que seja rejeitada a pretensão ao reconhecimento da fraude contra credores.

## 9.2. Fraude à execução

Instituto peculiar do direito brasileiro,<sup>70</sup> a fraude à execução é prevista no art. 792 do CPC/2015, sendo, como já vimos, um dos casos nos quais o art. 790 (inc. V) indica haver responsabilidade sem dívida própria. Com exceção da hipótese do art. 792, I (que se refere a situações envolvendo pretensão real ou reipersecutória, e, portanto, não diz respeito a nosso objeto de estudo<sup>71</sup>), se relaciona, assim como a fraude contra credores, com a responsabilidade patrimonial e com a limitação que sofre o devedor de dispor de seus bens para além de suas dívidas.

A diferença, aqui, é que a fraude à execução, como se vê das situações descritas no art. 792, se caracteriza quando a alienação ou oneração dos bens do devedor capaz de leva-lo à insolvência ocorre quando já está ele envolvido em algum *processo* relativo à dívida. Por tal razão, é considerada *mais grave* que a fraude pauliana, vez que prejudicaria não apenas os interesses do credor, mas também causaria dano à atividade jurisdiccional,<sup>72-73</sup> circunstância realçada pelo art. 774, I do CPC/2015, que a considera *ato atentatório à dignidade da Justiça*, e, mais ainda, pelo art. 179 do Código Penal, em que é tipificada como crime.<sup>74</sup>

Ainda mais grave que a dilapidação patrimonial quando já iniciado algum processo judicial, é a alienação ou oneração de bem sobre o qual já recaiu, *concretamente*, alguma *medida constritiva*, como a penhora, o arresto ou a hipoteca judiciária, hipóteses também tipificadas como fraude à execução pelo CPC/2015 (art. 792, III). Nestes casos, em que o bem já está vinculado diretamente ao juízo, é mais clara a afronta e a insubordinação à autoridade estatal manifestada na função jurisdiccional.<sup>75</sup> A lesão, aqui, é não mais à responsabilidade patrimonial como potência, mas, sim, à sujeição que já se fez ato, que já agiu concretamente sobre algum dos bens integrantes do patrimônio do devedor ou do terceiro. Como veremos, em tais situações, alteram-se os requisitos necessários à configuração da fraude.

A linha, portanto, que separa a fraude contra credores da fraude de execução é a *existência de processo contra o devedor* no momento da alienação ou da oneração lesiva aos interesses do credor. Afirma-se, assim, não haver fraude de execução na *iminência* do processo,<sup>76</sup> circunstância que já recebeu críticas de autorizada doutrina.<sup>77</sup>

Basta, todavia, a existência de *qualquer processo* envolvendo a dívida, e que possa, direta ou indiretamente, futuramente ensejar a expropriação dos bens do responsável, não sendo necessário, ao contrário do que a alcunha pode sugerir, que o feito seja de natureza executiva. A fraude de execução caracteriza-se, assim, na pendência de processo de conhecimento, cautelar,<sup>78</sup> monitorio,<sup>79</sup> arbitral,<sup>80</sup> e, mesmo, criminal.<sup>81</sup> A mesma situação ocorre, ainda, quando a alienação ocorre no interregno entre a prolação da sentença condenatória e o início da fase de cumprimento de sentença, já que, nestes casos, a litispendência, iniciada com a propositura da demanda cognitiva, apenas se encerra com o fim da execução.<sup>82</sup>

Ordinariamente, é necessário que o responsável já tenha sido *citado* em um desses processos,<sup>83</sup> vez que, apesar de a litispendência existir desde o protocolo da petição inicial (CPC/2015, art. 312), apenas produz efeitos, em relação réu, com a citação, eficácia esta que não retroage à data da propositura (CPC/2015, art. 240).<sup>84</sup>

Doutrina<sup>85</sup> e jurisprudência,<sup>86</sup> todavia, cogitam de exceções a esta regra, em casos nos quais antes de ser citado, o requerido já tenha conhecimento da propositura da demanda, e, assim, passa a alienar seus bens no intuito de se furtar à disciplina mais rígida desta modalidade de fraude. Nestes casos, assim, tem-se admitido a configuração da fraude de execução antes da citação do réu.

Do mesmo modo, quando ocorrer a alienação de bem sobre o qual tenha sido averbada a

admissão da execução na forma do art. 828, ou sobre o qual tenha recaído algum ato constitutivo (CPC/2015, art. 792, II e III, respectivamente), a fraude se verifica mesmo que o responsável não tenha sido ainda citado.

De toda sorte, a noção de que, ordinariamente, é necessária a citação do sujeito responsável a fim de que fique configurada a fraude à execução é importante, ainda, para a adequada solução de questão de certo modo problemática trazida pelo § 3.º do art. 792, do CPC/2015, segundo o qual, nos casos em que haja a desconsideração da personalidade jurídica, o marco inicial da fraude seria a “*citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar*”.

O fato é que, se interpretado literalmente, o dispositivo pode dar a entender que, nas situações em que é aplicada a *disregard doctrine*, os atos de alienação praticados pelo responsável poderiam ser considerados em fraude desde o momento em que é citado o réu originário no processo. Assim, por exemplo, em demanda inicialmente movida em face de uma pessoa jurídica, seria a partir da citação desta que os atos praticados pelo sócio poderiam configurar fraude à execução, não importando quando este viesse a ser citado.

Trata-se, entretanto, de interpretação que pode causar grave insegurança jurídica, surpreendendo, com a decretação de fraude, terceiros que venham a adquirir bens do responsável antes que este seja citado em qualquer processo. Não é difícil imaginar a possibilidade de que, na hipótese acima aventada, entre a citação da pessoa jurídica e a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com a integração do sócio ao contraditório, transcorra longo período de tempo, no qual dificilmente aqueles que com o sócio negociam têm a condição de antever que, futuramente, este será trazido ao processo.

Por isso mesmo é que, na linha do que tem sido defendido pela doutrina majoritária, é a partir da citação do responsável cujo patrimônio se pretenda atingir por força da desconsideração da personalidade jurídica (o sócio, na desconsideração direta; a pessoa jurídica, na desconsideração inversa) que a alienação de seus bens pode configurar fraude à execução.<sup>87</sup> Antes que isso ocorra, aplica-se, à alienação de bens do sujeito responsável, o regime da fraude contra credores.

### 9.2.1. Requisitos

Extremamente divergente, não apenas entre os autores, mas também na jurisprudência, tem se mostrado a exata definição dos requisitos que devem ser preenchidos a fim de que seja caracterizada a fraude de execução. A sistematização destas condições se torna ainda mais complexa se levado em consideração que o CPC/2015 trouxe exigências diversas conforme estejam presentes, ou não, determinadas circunstâncias, e, ainda, as disposições constantes do art. 54 da Lei 13.097/2015.

A fim de tornar mais clara a exposição, dividiremos a análise, assim como fizemos em relação à fraude contra credores, no requisito (i) *objetivo*, ou do dano, e (ii) *subjetivo*, relativo ao conhecimento, do terceiro adquirente, a respeito da lesão aos interesses do credor (má-fé).

Quanto ao requisito (i) objetivo é importante diferenciar, ainda, duas situações: aquela em que (i.1) *já tenha recaído, sobre o bem alienado, alguma medida processual concreta* (CPC/2015, art. 792, II e III), individualizando-o dentre todo o patrimônio expropriável, e, assim, afetando-o à satisfação do crédito; e aquela em que (i.2) *o bem alienado ainda não tenha sido objeto de qualquer ato processual* destinado a selecioná-lo dentre todos os bens que integram o patrimônio responsável (CPC/2015, art. 792, IV).

No primeiro caso, isto é, quando (i.1) alienado um bem sobre o qual já tenha recaído concretamente algum ato processual, não se faz necessária, como se pode extrair dos incs. II e III do art. 792 do CPC/2015, qualquer cogitação a respeito da insolvência do sujeito responsável, bastando, para que se considere haver lesão aos interesses do credor, a transferência da coisa.

O dano à responsabilidade patrimonial, portanto, é considerado *in re ipsa*, pelo simples fato de se ter alienado o bem quando já tenha sido ele vinculado ao processo judicial, não sendo ilidido

sequer pela existência de outros bens penhoráveis de valor suficiente à satisfação do crédito.<sup>88</sup>

Pode isso ocorrer, inicialmente, nas situações em que a admissão do processo de execução – ou, como vimos, do cumprimento de sentença – tenha sido averbada no registro do bem, na forma do art. 792, II c/c art. 828 do CPC/2015. A situação é a mesma, ainda, nos casos em que o bem já tenha sido objeto de algum ato de constrição judicial, como a hipoteca judiciária, a penhora, o arresto, o arrolamento, etc. (CPC/2015, art. 792, III).

Nestas situações, a explicação para a desnecessidade de se verificar a insolvência do responsável está no fato de que a autoridade estatal já incidiu *concretamente* sobre determinado bem, de modo que se pode considerar que a responsabilidade patrimonial tenha sido violada pelo simples fato de se tentar furtar este mesmo bem da expropriação executiva. A lesão, aqui, ocorre sobre a responsabilidade patrimonial enquanto sujeição atual de determinado bem à função jurisdicional, e não mais à sujeição meramente potencial, que atinge todo o patrimônio expropriável.

É importante deixar claro que, em relação especificamente aos atos de constrição judicial,<sup>89</sup> não é imprescindível, ao contrário do que o art. 792, III dá a entender, que tenha havido a respectiva *averbação* no registro público do bem. Tal providência se refere apenas ao elemento subjetivo da fraude, fazendo, como veremos, com que se presuma de modo absoluto o conhecimento do adquirente do bem a respeito da existência da penhora, do arresto, do arrolamento etc.

A constrição judicial, todavia, não depende, para a sua existência, de referida averbação, que, repita-se, serve apenas para fins de cientificação de terceiros.<sup>90</sup> Sendo assim, ainda que não tenha havido a averbação – seja porque o bem não seja sujeito a registro, seja porque não foi ela realizada –, é possível que seja decretada a fraude à execução com base no art. 792, III, desde que fique demonstrado o conhecimento – real ou presumido – do adquirente a respeito da constrição.

Diferentes, por sua vez, são as situações em que (i.2) a responsabilidade patrimonial não tenha atuado concretamente sobre algum bem específico. Nestes casos, é necessário que fique demonstrado que o ato de alienação causou ou agravou o estado de *insolvência* do responsável. É exatamente a esta situação que se refere o art. 792, IV do CPC/2015, apesar de que, ao contrário do que dá a entender a redação do dispositivo, não é o processo quem deve ter tal aptidão, mas sim o ato de alienação ou oneração.<sup>91</sup>

É de se notar que, nestes casos, em que a responsabilidade patrimonial ainda se encontra em estado meramente potencial, pairando sobre todo o patrimônio expropriável, o dano aos interesses do credor pressupõe justamente que este conjunto de bens não seja capaz de suportar as dívidas de seu titular. É necessário, em outras palavras, que fique demonstrada a insolvência do responsável.

Nestas situações, porém, parece-nos que, na linha do que sustentamos quanto à fraude pauliana, deve ser aplicada a distribuição dinâmica do ônus da prova (CPC/2015, art. 373, § 1.º), de modo a impor, ao sujeito responsável, o encargo de demonstrar a existência de bens em seu patrimônio em montante suficiente para saldar a dívida. De certo modo, era isso o que já defendia parte da doutrina à luz do CPC/1973, afirmando que caberia ao devedor/alienante rechaçar a sua condição de insolvente.<sup>92</sup>

Muito mais problemática, todavia, é a aferição do elemento (ii) subjetivo na fraude à execução. Na vigência do CPC/1973 pode-se dizer que existiam, a respeito, diversas correntes de pensamento, que contavam, todas, com adesão doutrinária e jurisprudencial.

Parcela significativa da doutrina, por exemplo, entendia, como sustentava Pontes de Miranda,<sup>93</sup> ser estranha à fraude de execução qualquer cogitação a respeito da intenção ou do conhecimento dos agentes, sendo *irrelevante* o elemento subjetivo.<sup>94</sup> Na mesma linha, estavam aqueles, seguindo o pensamento de Liebman,<sup>95</sup> para quem a má-fé seria *in re ipsa*, havendo *presunção absoluta* a respeito.<sup>96</sup>

Na mesma toada, em relação especificamente aos casos de alienação de bem construído, havia quem considerasse irrelevante a ciência, real ou presumida, do terceiro adquirente para a declaração da ineficácia da alienação, que seria, na verdade, efeito automático da própria penhora<sup>97</sup> ou do arresto.<sup>98</sup>

A razão, entretanto, estava, a nosso ver, com aqueles autores que entendiam que, não obstante fosse irrelevante a consciência do devedor, deveria ser *preservada a boa-fé do adquirente*, ao menos nas alienações a título oneroso. E, sendo assim, a fraude de execução apenas ficaria caracterizada quando demonstrada a *ciência* – real ou presumida – deste a respeito da *propositura da demanda* em face do sujeito responsável ou da *existência da constrição judicial*.<sup>99</sup> Tal requisito apenas seria dispensado nas situações em que já houvesse *registro* da existência do processo (CPC/1973, art. 615-A) ou do ato construtivo (CPC/1973, art. 659, § 4.º), casos em que haveria presunção absoluta do conhecimento do terceiro.

É de se lembrar, a este respeito, da clara opção do sistema processual brasileiro em privilegiar, nos atos onerosos, os interesses do adquirente de boa-fé sobre os do credor.<sup>100</sup> Trata-se de diretriz que já se podia extrair do CPC/1973, a partir, por exemplo, da própria possibilidade de averbação do ajuizamento da demanda (art. 615-A), que nenhum sentido faria caso pudesse se falar na irrelevância do conhecimento do adquirente.

Era exatamente este, ainda, o entendimento que prevalecia na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se via na redação da Súmula 375, segundo a qual, “*o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*”, apesar de certa vacilação quanto ao *ônus probandi* desta última circunstância.

Analisando o sistema instituído pelo CPC/2015 para a fraude à execução, o que fica claro, segundo nos parece, é que foi dado o devido valor à boa-fé do terceiro adquirente, exigindo, para a declaração da ineficácia da transferência, o seu conhecimento, presumido ou comprovado, a respeito do dano que o ato causaria aos interesses do credor. Caso contrário, repita-se, não haveria sentido em se possibilitar a averbação dos atos de constrição judicial ou da admissão da execução, na forma dos arts. 799, IX e 828, atos estes aos quais foi dada importância pelo art. 792, II e III, no tratamento da fraude.

Não se exige, porém, ao contrário do que ocorre com a fraude contra credores, que o adquirente do bem tenha ciência da situação patrimonial do alienante, ou seja, da possibilidade de que o ato seja capaz de levá-lo à insolvência. Na fraude à execução, cogita-se, apenas, de seu conhecimento a respeito da existência do processo ou do ato de constrição judicial sobre a coisa.<sup>101</sup>

De toda sorte, à luz daquilo que se prevê no art. 792 do CPC/2015, parece-nos possível dividir a análise do (ii) elemento subjetivo da fraude à execução em duas situações distintas: aquela em que (ii.1) o bem alienado *é sujeito a registro público*; e aquela em que (ii.2) *não existe registro público* para a coisa.

No primeiro caso, (ii.1) existindo registro público para o bem, e (ii.1.a) *tendo sido nele averbada a admissão da execução ou a constrição judicial* (CPC/2015, art. 792, II e III, respectivamente), presume-se, de modo *absoluto*, o conhecimento do adquirente a respeito da lesão que a transferência provoca sobre a responsabilidade patrimonial, como deixam claro os arts. 828, § 4.º e 844. Sendo assim, é completamente *desnecessária* qualquer cogitação sobre a efetiva ciência do terceiro a respeito da existência do processo, da penhora, do arresto, etc.

Para tanto, repita-se, é necessário não apenas que (ii.1) o bem seja sujeito a registro, mas que (ii.1.a) tenha havido a devida averbação a respeito da circunstância caracterizadora da fraude.

Quanto aos casos em que, (ii.1) conquanto haja registro, (ii.1.b) não tenha havido qualquer ato de averbação, *ainda assim poderá ser decretada a fraude à execução*. É importante deixar isso claro porque a leitura do art. 54 da Lei 13.097/2015 dá a entender o contrário, ao dispor, em seu *caput*, que “os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes” quando não constem, na



matrícula do imóvel, certas informações, como a “*averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença*” (inc. II).<sup>102</sup>

O fato, porém, é que, como vem apontando a doutrina, além de sua flagrante inconstitucionalidade – por ter resultado da conversão da Medida Provisória 656/2014, que, ao dispor sobre matéria processual civil, violou o art. 62 § 1.º, *b*, da CF/1988 –, o dispositivo, neste particular, deixou de ter aplicabilidade com o advento do CPC/2015, norma posterior que regulou de modo distinto a matéria. Sendo assim, o caso, a nosso ver, é de simplesmente *ignorar* o art. 54 da Lei 13.097/2015 no trato dos requisitos caracterizadores da fraude à execução.<sup>103</sup>

De qualquer forma, nestes casos em que, (ii.1) havendo registro público do bem, (ii.1.b) não tenha ocorrido qualquer ato de averbação, será necessário investigar a ciência, ou não, do adquirente a respeito do dano à responsabilidade patrimonial; logo mais, voltaremos ao tema.

Já nas hipóteses em que (ii.2) tenha sido alienado um bem não sujeito a registro, o § 2.º do art. 792 do CPC/2015 determina ser do *adquirente* “o *ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição*, mediante a exibição das *certidões pertinentes*, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem”.

Nestes casos, como se vê, é a própria lei quem cuida de encarregar o *adquirente* de demonstrar que atuou com boa-fé quando da aquisição da coisa, o que fará comprovando que adotou, naquele momento, algumas *cautelas* a fim de se assegurar que a transação não colocava em risco eventuais interesses de terceiros. Para tanto, deverá exibir, nos termos do § 2.º do art. 792, certas “*certidões pertinentes*” obtidas ao tempo da transação.

Aqui, por *certidões pertinentes* devem-se entender, ordinariamente, as *certidões negativas* da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, obtidas, como deixa claro o dispositivo, “no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem”,<sup>104</sup> por meio das quais se poderá verificar a existência, ou não, de processo judicial em curso contra o alienante.

Em relação, assim, aos bens não sujeitos a registro, o CPC/2015 adota posição há muito sugerida pela doutrina,<sup>105</sup> de transferir ao adquirente do bem o ônus de demonstrar que, no momento da aquisição, adotou certas cautelas inerentes às transações em uma sociedade na qual é cada vez mais fácil o acesso a informação. Trata-se, a nosso ver, de postura muito mais adequada aos ditames da boa-fé objetiva do que a exigência de que o credor comprove a má-fé do terceiro adquirente, nos termos da parte final da Súmula 375 do STJ.

Por tais razões é que vemos com muito bons olhos a inovação constante do art. 792, § 2.º, que resulta, como nos parece, no afastamento da Súmula 375 do STJ para os bens não sujeitos a registro.

Voltando, porém, a uma situação anteriormente mencionada, o grande problema é que, se interpretado *a contrario sensu*, o art. 792, § 2.º, pode levar à conclusão de que, (ii.1.b) *nos bens sujeitos a registro, não tendo sido realizado qualquer ato de averbação*, seria invariavelmente do *credor* o ônus de comprovar o conhecimento do terceiro adquirente a respeito da existência do processo ou do ato de constrição, na linha do que exige a Súmula 375 STJ.

Não se pode desconsiderar, porém, a grande dificuldade que terá o credor para demonstrar, em juízo, a efetiva ciência do adquirente a respeito da violação a seus interesses. Nestes casos, então, como demonstra a experiência colhida na vigência do CPC/1973, é muito pequena probabilidade de que a fraude seja decretada,<sup>106</sup> o que ocasiona a frustração da atividade jurisdicional, com grave violação ao direito fundamental do credor à execução forçada.

Por tal razão é que, segundo nos parece, a literalidade do art. 792, § 2.º não pode impedir que o juiz, no caso concreto, aplique a *distribuição dinâmica do ônus da prova* (CPC/2015, art. 373, § 1.º), de modo a impor, ao adquirente do bem, o encargo de demonstrar que, no momento da aquisição, agiu com as cautelas necessárias a fim de se informar a respeito da existência de processos em

curso contra o alienante.<sup>107</sup>

Para tanto, pode ser dele exigido, na linha do que faz o § 2.º do art. 792, que exiba certidões negativas de processos judiciais obtidas no domicílio do alienante e no local da situação da coisa. Não vemos qualquer razão, aliás, para que tal cautela se imponha apenas na aquisição de bens não sujeitos a registro.

Nesta linha, vale dizer que, mesmo antes do CPC/2015, era possível encontrar, na jurisprudência do STJ, alguns julgados que entendiam que não seria ônus do credor provar a efetiva ciência do adquirente a respeito da existência do processo. Isto é: a pendência da demanda proposta em face do devedor, ainda que não registrada, faria presumir a má-fé do terceiro. Tratar-se-ia, contudo, de *presunção relativa*, incumbindo ao adquirente comprovar que agiu com cautela, diligenciando na busca de elementos capazes de demonstrar a inexistência do processo, buscando, por exemplo, certidões negativas de distribuição de processos em relação ao alienante.

A orientação, ao que parece, surgiu em julgado da 3.ª Turma datado do ano de 2007,<sup>108</sup> em que se consignou que a Lei 7.433/1985, em seu art. 1.º, § 2.º, exigiria, para a lavratura de escritura pública relativa a imóveis, a apresentação de certidões concernentes ao proprietário emitidas por cartórios distribuidores judiciais.<sup>109-110</sup> De toda sorte, afirmou-se, na ocasião, que o próprio art. 593, II do CPC/1973 criaria a *presunção relativa de fraude*, de modo que o entendimento, posteriormente, foi aplicado em diversas outras situações até o ano de 2012.<sup>111</sup>

O fato, porém, é que, posteriormente, o STJ voltou a reafirmar, inclusive em sede de recurso repetitivo, a plena aplicabilidade de sua Súmula 375, no sentido de, não havendo averbação, ser ônus do credor a prova da má-fé do terceiro adquirente,<sup>112</sup> orientação que vem sendo reiteradamente seguida.<sup>113</sup>

De toda sorte, com o advento do CPC/2015, pensamos que, em que pese a literalidade do art. 792, § 2.º dar a entender que se mantenha, para os bens sujeitos a registro, o entendimento cristalizado na Súmula 375 do STJ, não têm, o dispositivo ou o enunciado jurisprudencial, o condão de impedir a redistribuição do ônus da prova na forma do art. 373, § 1.º, do CPC/2015.

Vistas todas estas circunstâncias, os requisitos necessários à configuração da fraude à execução podem ser sistematizados do seguinte modo.

É necessário, antes de tudo, a verificação do (i) *dano* à responsabilidade patrimonial, o que pode ocorrer, inicialmente, pela (i.1) simples *alienação de bem sobre o qual já tenha recaído alguma medida processual concreta*, como a averbação da admissão da execução, a hipoteca judicial, a penhora, o arresto etc., situações em que não se cogita da solvabilidade do responsável; nos demais casos, porém, (i.2) quando *o bem alienado não tiver sido atingido por qualquer ato concreto*, é preciso ficar demonstrado que o ato levou o responsável à insolvência ou agravou tal situação, podendo, contudo, ser redistribuído o ônus da prova a fim de incumbir ao executado a demonstração do contrário.

Além disso, *nos atos onerosos*, é necessária a presença de elemento subjetivo, ligado ao (ii) *conhecimento* do terceiro a respeito do dano à responsabilidade patrimonial. No caso de (ii.1) alienação de *bens sujeitos a registro*, (ii.1.a) tendo sido realizada a *averbação* de algum dos atos acima mencionados, presume-se de modo absoluto o seu conhecimento por terceiro, não sendo necessária qualquer outra prova. Quando, entretanto, (ii.1.b) *não tenha sido ainda realizada qualquer averbação*, deverá ficar demonstrada a efetiva ciência do terceiro a respeito da constrição judicial ou da existência do processo, sem prejuízo da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, para que seja ele incumbido de comprovar a sua boa-fé. Por outro lado, (ii.2) *não sendo o bem sujeito a registro*, caberá sempre ao adquirente o encargo de demonstrar que adotou as cautelas necessárias quando da transação.

### 9.2.2. Efeitos

Ao contrário do que ocorre com a fraude contra credores, há certo consenso na doutrina a

respeito dos efeitos que o reconhecimento da fraude à execução acarreta. Já na vigência do CPC/1973, apesar de não haver qualquer dispositivo de lei neste sentido, a imensa maior parte dos autores afirmava que o vício levava à *ineficácia relativa* da alienação,<sup>114-115</sup> orientação adotada, ainda, pela jurisprudência do STJ.<sup>116</sup> Foi exatamente este o caminho seguido pelo CPC/2015, que deixou claro, em seu art. 792, § 1.º, que o ato “*é ineficaz em relação ao exequente*”.

Vale, aqui, a mesma explicação já feita para a fraude pauliana: o reconhecimento da fraude de execução não leva ao retorno do bem ao patrimônio do alienante, mas, apenas, permite que o mesmo continue sujeito à atividade executiva, em relação à qual o ato é inoponível.

### 9.2.3. Técnica processual

Em relação à forma de reconhecimento da fraude à execução em juízo, o entendimento praticamente pacífico,<sup>117</sup> no sistema do CPC/1973, era no sentido de que seria *desnecessária* a instauração de *processo autônomo* para que fosse declarada a ineficácia do ato lesivo. Admitia-se, destarte, que a fraude fosse reconhecida de forma *incidental* no próprio curso da execução ou de outro processo, sendo viável, ainda, sua alegação como matéria de defesa em embargos de terceiro.<sup>118</sup>

Na verdade, como visto anteriormente,<sup>119</sup> o que acabava por ocorrer era que, no transcorrer da execução,<sup>120</sup> o juiz determinava a penhora do bem supostamente alienado fraudulentamente, sem que, anteriormente, fosse ouvido o adquirente. Este último, então, poderia fazer uso dos embargos de terceiro com o fim de defender sua posse ou propriedade sobre a coisa. E, então, neste procedimento, discutia-se ter havido ou não a fraude de execução.<sup>121-122</sup>

Como dissemos, tratava-se de sistemática que não se adequava às exigências inerentes à garantia do contraditório, sobretudo porque a discussão a respeito da fraude à execução – e, assim, da existência ou não de responsabilidade patrimonial secundária – apenas ocorria após a constrição patrimonial. Além disso, não havia qualquer possibilidade manifestação, do adquirente, a respeito do débito, e tampouco a previsão de sua participação no processo executivo. Não por outra razão, tal procedimento recebia críticas de alguns autores, que entendiam que, no próprio curso da execução, deveria ser assegurado ao executado e ao adquirente o prévio exercício do contraditório a respeito da fraude.<sup>123</sup>

Já no sistema do CPC/2015, ao contrário do que ocorria no Código revogado, houve a expressa previsão da forma a ser seguida para a decretação da fraude à execução, que parte justamente da ideia de que a oportunidade do contraditório a respeito da responsabilidade patrimonial secundária deve se dar anteriormente à constrição do bem alienado, na linha, inclusive, da diretriz geral que se pode extrair de seu art. 9.º.

Assim é que, nos termos do art. 792, § 4.º, “*antes de declarar a fraude à execução*”, caberá, ao juiz, providenciar a *intimação do terceiro adquirente* para que a este seja oportunizado o ajuizamento de *embargos de terceiro*, no prazo de *quinze dias*, onde será discutida a ocorrência da fraude.

Na linha do que dissemos anteriormente, referida técnica transfere ao terceiro adquirente o ônus de ajuizar demanda no intuito de negar a ocorrência da fraude, à semelhança do que se via na vigência do CPC/1973. Diferentemente, todavia, do que ocorria no Código revogado, referida oportunidade se dá, repita-se, *antes da decisão quanto à fraude á execução*, e, portanto, *antes da constrição* atingir o bem.

É de se notar que passado o prazo de quinze dias previsto no art. 792, § 4.º, o terceiro perde a oportunidade de impugnar a ocorrência da fraude, o que levará ao juiz decidir unicamente com base nas alegações e provas produzidas pelo exequente. Isso não significará, é claro, que a fraude à execução necessariamente será acolhida, mas apenas que, em sua análise, será levada em conta, apenas, a versão dos fatos apresentada pelo credor, sendo grande, portanto, a chance de que venha a ser reconhecido o vício.

Ao contrário do que sustenta parte da doutrina, não pensamos ser possível que, ultrapassado o prazo de quinze dias, o terceiro adquirente venha a questionar a constrição por meio de ação autônoma, ou de embargos de terceiro movidos no prazo do art. 675, *caput*, ou seja, “até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta”.<sup>124</sup> O que nos parece, na verdade, é que, tratando o art. 792, § 4.º de hipótese *específica* de cabimento dos embargos de terceiro, o prazo ali previsto deve prevalecer sobre aquele, genérico, disposto no art. 675 do CPC/2015.<sup>125</sup>

Por isso mesmo é que a razão parece estar com aqueles que defendem que o prazo previsto no art. 792, § 4.º, do CPC/2015 não é meramente preclusivo, que restringiria as consequências de sua inobservância ao processo de execução, mas, na verdade, *decadencial*, que impede, uma vez ultrapassado, o exercício do direito potestativo de desfazer a constrição.<sup>126</sup>

O grande problema, todavia, do procedimento indicado pelo art. 792, § 4.º do CPC/2015, é que sua observância pressupõe que o credor tenha conhecimento, antes de requerer a penhora de determinado bem, que foi ele transferido a terceiro, e que a alienação pode configurar fraude a execução. Caso contrário, imaginando que o bem ainda pertence ao executado, não haverá, evidentemente, razão para que o exequente requeira o reconhecimento da fraude e, portanto, para que o juiz determine a intimação de terceiro para, se quiser, oferecer embargos.

Como dissemos ao tratar da fraude contra credores, porém, não é incomum que o credor apenas tome ciência da alienação de determinado bem que integrava o patrimônio responsável quando, tendo sido ele penhorado, é citado em embargos de terceiro ajuizado pelo adquirente do bem no intuito de desfazer a constrição (CPC/2015, art. 674).

Nestes casos, então, na linha do que sustentamos em relação à fraude pauliana, e do que já entendia a doutrina e a jurisprudência na vigência do CPC/1973, não há óbice para que a fraude à execução seja veiculada como argumento de defesa nos embargos de terceiro, visando à manutenção da penhora ou de qualquer outro ato constitutivo realizado sobre o bem.

### 9.3. Fraude à fiscal de dívidas tributárias

Situação que se distingue daquelas até agora analisadas é a *fraude à execução fiscal*, regulamentada no art. 185 do Código Tributário Nacional, especialmente na redação dada pela Lei Complementar 118/2005.<sup>127</sup> Estando fora das situações descritas nos incs. I a IV do art. 792 do CPC/2015, pode, a hipótese, se enquadrar em seu inc. V, espécie de “norma de fechamento” da fraude de execução.

Antes de prosseguir, importante deixar claro que o regime jurídico ali disposto aplica-se, nos termos do *caput* do art. 185 do CTN, apenas às dívidas de *natureza tributária*, entendimento sufragado na jurisprudência do STJ.<sup>128</sup>

O primeiro aspecto que chama a atenção em relação ao dispositivo é o marco temporal a partir do qual se considera configurada a fraude: exige-se, tão somente, que o crédito tributário esteja “regularmente inscrito como dívida ativa”. Por isso mesmo, não se faz necessário, ao contrário do que se passa com o art. 792, IV do CPC/2015, que já esteja em curso processo judicial, com a citação do devedor.

Anteriormente ao advento da LC 118/2005, porém, a redação do art. 185 do CTN falava em “crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa *em fase de execução*”, de forma que a interpretação majoritária, apesar de certas divergências, era no sentido de que fosse necessário que o devedor já houvesse sido regularmente citado na execução fiscal, aproximando a figura, assim, daquela descrita no art. 792, IV do CPC/2015.<sup>129</sup> É esse, aliás, o entendimento atual do STJ, que vem determinando que, tendo a alienação ou oneração ocorrido *antes da vigência* da referida lei – o que se deu em 09.06.2005 –, seria necessária a citação do devedor; tendo, contudo, ocorrido em data posterior, bastaria a inscrição em dívida ativa.<sup>130</sup>

### 9.3.1. Requisitos

Também quanto aos requisitos necessários ao reconhecimento da fraude o regime jurídico ora analisado se distancia daquele aplicável aos demais casos. É que, nos termo do *caput* do art. 185 do CTN, haveria uma espécie de *presunção de fraude* desde que a alienação/oneração ocorresse após a inscrição em dívida ativa.

Não significa isso, importante pontuar, que seja desnecessária a presença do *dano* à responsabilidade patrimonial (elemento objetivo), vez que o parágrafo único do art. 185 deixa claro que aquele regime jurídico não se aplica quando houverem sido reservados, pelo devedor, “*bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita*”. Em outras palavras, continuando o patrimônio do devedor a ser suficiente ao pagamento do débito – sendo ele, assim, solvente –, não se decreta a fraude.<sup>131</sup>

É, dessa forma, quanto ao elemento subjetivo que incide a presunção estabelecida no dispositivo. E, se é verdade que parte da doutrina tem afirmado que tal presunção seria relativa – admitindo, portanto, prova do desconhecimento da situação pelo terceiro adquirente<sup>132</sup> –, a jurisprudência do STJ, em precedente formado sob a sistemática dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C), assentou o entendimento de que a fraude seria *in re ipsa* (absoluta). O que ocorre, com isso, é que se torna completamente dispensável, nestes casos, qualquer indagação a respeito da intenção ou da ciência dos agentes, o que se faz em nome do acentuado interesse público que permeia a cobrança dos créditos tributários, sendo inaplicável, assim, a Súmula 375.<sup>133</sup>

### 9.3.2. Efeitos

Em relação a seus efeitos, não há qualquer diferença da fraude à execução fiscal para as demais modalidades de fraude de execução: a alienação ou oneração feita nos moldes do art. 185 do CTN é eivada de *ineficácia parcial*, não impedindo que o bem seja atingido pelos atos de expropriação forçada.<sup>134</sup>

### 9.3.3. Técnica processual

Também em relação à técnica processual, não parece que deva haver qualquer diferença para os casos comuns de fraude à execução.

No curso do processo executivo, tendo a Fazenda Pública ciência de que um bem do devedor foi alienado a terceiro, deve requerer ao juiz o reconhecimento da fraude. A este, então, caberá, na forma do art. 792, § 4.º, do CPC/2015, intimar o adquirente para que, querendo, oponha embargos terceiro no prazo de quinze dias. É nos autos deste, então, que será discutida a ocorrência, ou não, da fraude.

Por outro lado, caso apenas venha a ser descoberto que o bem foi alienado após o ajuizamento dos embargos de terceiro pelo adquirente, nada impede que, nos autos deste, como matéria defensiva, seja alegada a ocorrência da fraude à execução.

---

## NOTAS DE RODAPÉ

---

1

Assim, por exemplo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. n. 178-181, p. 301-307; *Instituições de direito processual civil*, vol. IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. n. 1584, p. 450-453; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 44-48; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 81-89.

---

2

Neste sentido é a lição de Cândido Dinamarco a respeito da fraude à execução, que, segundo nos parece, se aplica a todas as situações acima aventadas: "Não estando *sub judice* todos os créditos, entende-se que o negócio jurídico de alienação foi em fraude de execução apenas quanto àquela obrigação a que se referia o objeto do processo pendente à época. Só quanto a ela é que houve um ato que em princípio seria capaz de frustrar o exercício da jurisdição, impedindo futuro ato de sujeição executiva e caracterizando-se como atentado à dignidade da Justiça. O desfalque da garantia dos credores, sem esse atentado, não é fraude à execução" (*Execução civil*, n. 176, p. 298). Em sentido semelhante, ainda: GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. II, p. 39.

---

3

Ao contrário do CPC/1973, que sequer mencionava o instituto, o CPC/2015 aludiu à fraude contra credores em seu art. 790, VI.

---

4

Vale a leitura do que escreve Cáo Mário: "Vício social como a simulação, a fraude contra credores é um defeito que se não caracteriza como falha no consentimento. Este se conserva sem distúrbios de ordem interna ou externa, formulando-se a declaração de vontade em consonância com o desígnio do agente. Onde, então, há o elemento que a caracteriza como defeito do negócio jurídico, é na desconformidade que se apresenta entre a declaração de vontade e a ordem jurídica, ou, mais precisamente, no *resultado antijurídico* da emissão volitiva" (*Instituições de direito civil*, vol. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 342).

---

5

BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, vol. 5. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 297; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII. São Paulo: Ed. RT, 1974, p. 80; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 438; MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 457.

---

6

Correta, assim, a opinião de Dinamarco, que situa o instituto dentro do direito processual (*Instituições...*, vol. IV, p. 430). No mesmo sentido, ainda: AMADEO, Rodolfo da Costa Mando Real. *Fraude de execução*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 16.

---

7

A advertência é de Cândido Dinamarco, de onde se extrai interessante exemplo que demonstra seu acerto: "Conhece-se o curioso caso de uma pessoa que, pendente de uma obrigação, contraiu *casamento em regime de comunhão universal de bens* (pacto antinupcial), gerando uma comunicação patrimonial com o cônjuge; e, como nesse caso concreto a meação restante ao devedor era insuficiente para responder pela obrigação, considerou-se que se aplicavam as regras da fraude de execução e o bem foi penhorado"

8

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

---

9

É essa a lição repetida entre os civilistas, que, assim como fazem com os demais defeitos do negócio jurídico, apontam os *elementos constitutivos* da fraude contra credores. Assim, por exemplo: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil (parte geral)*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 216; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 229-230.

---

10

“Na conceituação de *consilium fraudis* não tem relevância o *animus nocendi*, o propósito deliberado de prejudicar credores. Basta que o devedor tenha consciência de que de seu ato advirão prejuízos. A fraude pode existir sem ser premeditada (*fraus non in consilio, sed in evento*). Igualmente, em relação ao cúmplice do fraudador (*particeps fraudis*) não se cuida da intenção de prejudicar, bastando o conhecimento que ele tenha, ou deva ter, do estado de insolvência do devedor e das consequências que, do ato lesivo, resultarão para os credores” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil (parte geral)*, p. 216). No mesmo sentido, dentre outros: AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 520; CASTRO, Amílcar de. *Comentários...*, vol. VIII, p. 81-82; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. II, p. 29; PEREIRA, Cáo Mário. *Instituições...*, vol. I, p. 343; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, vol. 1, p. 232.

---

11

Por exemplo: REsp 1100525/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.<sup>a</sup> T., j. 16.04.2013, *DJe* 23.04.2013. Vale, ainda, ver o seguinte trecho da ementa de outro julgado: “DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. (...) AÇÃO PAULIANA. PRESSUPOSTOS. (...) 3. Encontram-se atendidos os pressupostos do instituto da *fraude contra credores* na hipótese em que, na celebração de compromisso de compra e venda, o promissário vendedor, já se encontrando em estado de insolvência, dispõe de bem, e o promitente comprador, ciente dessa circunstância, conclui o negócio jurídico. (...)” (REsp 710.810/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4.<sup>a</sup> T., j. 19.02.2008, *DJe* 10.03.2008).

---

12

BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 299; HANADA, Nelson. *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 62; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 207-208; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 177-178.

---

13

Ver, *supra*, o item 7.3.2.

---

14

Interessante notar que Clóvis Beviláqua, ao comentar os arts. 106 e 107 do CC/2016, equivalentes aos atuais 158 e 159, entendia desnecessária a ciência do devedor. Em relação aos contratos gratuitos, escrevia que “para o Código Civil as diminuições gratuitas do patrimônio do devedor são anuláveis, sempre que, por causa delas, se ache na impossibilidade de satisfazer suas dívidas. Pouco importa que êle conhecesse, realmente, ou não, o estado dos seus bens. Indiferente é, também, que o soubesse aquêle que lucrou com a liberalidade” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953, p. 287). Depois, sobre os atos onerosos, arremata que “para a anulabilidade dos contratos onerosos, não basta a insolvência do devedor; é necessário que êsse estado seja conhecido da outra parte contratante (...)” (p. 290).

---

15

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.

---

16

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil (parte geral)*, p. 218; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, vol. 1, p. 231.

---

17

É o que se vê, por exemplo, do seguinte trecho de ementa de acórdão do STJ: “AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PAULIANA. INEXISTÊNCIA DO EVENTUS DAMINI. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE FRAUDE CONTRA CREDITORES. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVA. DESCABIMENTO. I – *Analisando as circunstâncias fáticas da causa, concluiu o Tribunal de origem que a doação de um imóvel pelo devedor a seu pai não foi fato suficiente para reduzi-lo à insolvência, o que inviabiliza o reconhecimento do eventus damini, requisito indispensável à caracterização da fraude contra credores. (...)*” (AgRg no Ag 1057724/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3.<sup>a</sup> T., j. 27.10.2009, *DJe* 06.11.2009).

---

18

Art. 158. (...) § 2.<sup>o</sup> Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

---

19

Correto, assim, Marcelo Abelha Rodrigues, ao falar na existência de três requisitos para qualquer das fraudes do devedor: “Em todas as três hipóteses de tutela repressiva (fraude contra credores, fraude à execução e alienação de bem penhorado) há a presença dos seguintes elementos: crédito, fraude e dano” (*Manual de execução civil*, 3. ed., p. 82).

---



Interessante notar que, na verdade, alguns dos civilistas alocam tal requisito dentre as *condições da ação pauliana*. Assim, por exemplo, Sílvio Rodrigues afirma que diz respeito à *legitimidade ativa* (*Direito Civil*, vol. 1, p. 237), assim como faz Cahali (*Fraude contra credores*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 37, p. 111). Já Washington de Barros Monteiro, afirma que concerne ao “*legítimo interesse em propor a ação revocatória*” (*Curso de direito civil (parte geral)*, p. 218 – destaque nosso). Tais posicionamentos são, segundo nos parece, fruto do pensamento sincretista, comum entre os autores de direito civil, que confunde a existência do direito com a ação. De qualquer forma, para os processualistas deve estar claro que tal requisito diz respeito ao *meritum causae* da ação pauliana, podendo-se entender, no máximo, que sua aferição *in status assertionis* pertence ao plano das condições da ação. Fruto da mesma postura imanentista é, ainda, o que se encontra em outro grande civilista, que afirma que “para ter a *legitimatío ad causam* é mister que o credor, autor na *actio revocatória*, prove ter sofrido um prejuízo efetivo, e não que o ato poderia, em tese, ser-lhe danoso” (PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições...*, vol. I, p. 345).

---

É o que se tem, por exemplo, nos seguintes julgados: REsp 1100525/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 16.04.2013, *DJe* 23.04.2013; REsp 1217593/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 12.03.2013, *DJe* 18.03.2013; REsp 257.954/SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, 1.ª T., j. 03.08.2000, *DJ* 04.09.2000, p. 132.

---

Neste sentido: PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições...*, vol. I, p. 345.

---

“Sua prática será fraudulenta sempre que exista uma obrigação ainda não cumprida, não importando se esta se encontra vencida ou ainda é inexigível – porque, como é notório, obrigações inexigíveis existem e não se confundem conceitualmente com obrigações em via de formação, ou seja, ainda inexistentes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 436).

---

Para todos estes casos, e muitos outros, consultar, com grande proveito: CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, p. 108-132.

---

Pedimos licença para transcrever longo trecho de ementa de julgado do STJ: “PROCESSO CIVIL E CIVIL. (...). FRAUDE PREORDENADA PARA PREJUDICAR FUTUROS CREDORES. ANTERIORIDADE DO CRÉDITO. ART. 106, PARÁGRAFO ÚNICO, CC/2016 (ART. 158, § 2.º, CC/2002). TEMPERAMENTO. 1. Da literalidade do art. 106, parágrafo único, do CC/2016 extrai-se que a afirmação da ocorrência de fraude contra credores depende, para além da prova de *consilium fraudis e de eventus damni*, da anterioridade do crédito em relação ao ato impugnado. 2. Contudo, a interpretação literal do referido dispositivo de lei não se mostra suficiente à frustração da fraude à execução. Não há como negar que a dinâmica da sociedade hodierna, em constante transformação, repercute diretamente no Direito e, por consequência, na vida de todos nós. O intelecto ardiloso, buscando adequar-se a uma sociedade em ebulição, também intenta – criativo como é

– inovar nas práticas ilegais e manobras utilizados com o intuito de escusar-se do pagamento ao credor. *Um desses expedientes é o desfazimento antecipado de bens, já antevendo, num futuro próximo, o surgimento de dívidas, com vistas a afastar o requisito da anterioridade do crédito, como condição da ação pauliana.* 3. *Nesse contexto, deve-se aplicar com temperamento a regra do art. 106, parágrafo único, do CC/2016. Embora a anterioridade do crédito seja, via de regra, pressuposto de procedência da ação pauliana, ela pode ser excepcionada quando for verificada a fraude predeterminada em detrimento de credores futuros.* 4. *Dessa forma, tendo restado caracterizado nas instâncias ordinárias o conluio fraudatório e o prejuízo com a prática do ato – ao contrário do que querem fazer crer os recorrentes – e mais, tendo sido comprovado que os atos fraudulentos foram predeterminados para lesarem futuros credores, tenho que se deve reconhecer a fraude contra credores e declarar a ineficácia dos negócios jurídicos (transferências de bens imóveis para as empresas Vespa e Avejota).* 5. *Recurso especial não provido*”. (REsp 1092134/SP, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, 3.<sup>a</sup> T., j. 05.08.2010, DJe 18.11.2010). No mesmo sentido, ainda, encontram-se os seguintes julgados: REsp 1324308/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3.<sup>a</sup> T., j. 18.02.2016, DJe 26.02.2016; AgRg no AREsp 13.023/MT, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3.<sup>a</sup> T., j. 10.09.2013, DJe 16.09.2013; MC 16.170/SP, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, 3.<sup>a</sup> T., j. 20.10.2009, DJe 18.11.2009.

---

26

A orientação mereceu o aplauso de Yussef Cahali, com base, ainda, em outros autores: *Fraude contra credores*, p. 105-108.

---

27

“A ação revocatória tem por efeito anular os atos praticados em fraude. De modo que, julgada procedente, a vantagem porventura advinda do ato fraudulento reverte em proveito do acervo sobre o qual se tenha de efetuar o concurso de credores (CC, art. 165). Em outras palavras, o patrimônio do devedor se restaura, restabelecendo-se a garantia original com que contavam os credores. Portanto, os bens alienados voltam ao patrimônio do devedor; as garantias concedidas se aniquilam; e os pagamentos antecipados são devolvidos” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, vol. 1, p. 238). No mesmo sentido: MIRANDA, Pontes de. *Comentários...*, t. IX, p. 463; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil (parte geral)*, p. 223; PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições...*, vol. I, p. 346.

---

28

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias. *Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 76-77; ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 250; CASTRO, Amílcar de. *Comentários...*, vol. VIII, p. 80; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. II, p. 32; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários...*, vol. VI, p. 439; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, vol. IV. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 47; NERY Jr., Nelson. “Fraude contra credores e os embargos de terceiro”. *Revista de Processo*, n. 23. São Paulo: Ed. RT, 1981. p. 92-93; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 3. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 273.

---

29

A posição é defendida, especialmente, por Cândido Dinamarco em diversas passagens de sua obra

(*Instituições...*, vol. IV, n. 1.579-1.580, p. 425-430; *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. n. 156-162, p. 263-270; “Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro”. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1470-1515) e por Humberto Theodoro Jr., que tratou do tema em tese para concurso de professor titular (*Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. *passim*), e, mais recentemente, em relação ao CC/2002 (*Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. n. 157-259.2, p. 250-403). Ver, ainda: HANADA, Nelson. *A insolvência...*, p. 62-68; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 3. ed., p. 82, nota n. 10; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários...*, vol. 8, p. 274.

---

30

“A doutrina discute há muito tempo sobre a natureza exata da ação pauliana. Inaceitável é a opinião que sustenta seu caráter real. Mas se ela for ação de rescisão, de anulação, como sustenta a maioria, mal se compreende como este conceito seja compatível com os efeitos muito especiais que ela produz: porque deixa subsistir o ato fraudulento entre as partes ao mesmo tempo lhe destrói parcialmente os efeitos, no sentido de eliminar o obstáculo que para a execução representa o fato dos bens terem passado para o patrimônio do terceiro, e isso apenas na medida do interesse do credor que agiu e dos demais credores concorrentes (CC, art. 113). Não é, pois, completamente exata a afirmação comum, segundo a qual a ação pauliana faz reverter os bens alienados para o patrimônio do alienante; se olharmos para seus efeitos sem nos deixar influenciar pela tradição histórica, veremos que eles consistem simplesmente em permitir que a execução recaia nos bens alienados em fraude, na medida que for necessário para evitar o prejuízo dos credores, e isso não porque esses bens tenham voltado ao patrimônio do alienante, ora executado, e sim, apesar de se encontrarem no patrimônio do terceiro adquirente. Isso significa, afinal, que o verdadeiro resultado da ação pauliana é estender a ação e a responsabilidade executória a determinados bens do terceiro, precisamente aqueles que foram objeto do ato fraudulento. Eles podem ser abrangidos pela execução como se ainda se encontrassem no patrimônio do executado, embora dele tenham saído por ato que em si mesmo continua de pé, se é verdade que entre as partes subsistem os seus efeitos. A ação pauliana elimina apenas as consequências deste ato que sejam prejudiciais para os credores, permitindo-lhes executar os bens que foram alienados nas condições mencionadas. Em outras palavras, restabelece sobre os bens alienados não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas, de maneira que possam ser abrangidos pela execução a ser feita. É isso, na verdade, o que todos querem dizer, encontrando, porém, dificuldade para exprimir este efeito meramente processual com os conceitos usuais do direito privado” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 105-106).

---

31

A respeito da influência de Liebman nesta específica questão, vale a leitura do que escreve Dinamarco em artigo homenageando o centenário de nascimento do grande processualista italiano: “100 anos de Liebman”. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 11, p. 52-55.

---

32

É essa, por exemplo, a posição de Alexandre Freitas Câmara, a despeito da redação do art. 790, VI CPC/2015: “(...) tanto a lei civil (art. 158 e art. 171, II, do CC) quanto a lei processual falam em *anulabilidade* do ato praticado em fraude contra credores. Assim não é, porém. Há, aí, evidente equívoco terminológico, e o ato praticado em fraude contra credores é ineficaz (mas não inválido)” (*O novo processo civil brasileiro*.

São Paulo: Atlas, 2015, p. 340). No mesmo sentido, também falando em ineficácia relativa mesmo à luz do CPC/2015: AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 822.

---

33

Assim, por exemplo: REsp 122.523/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, 3.<sup>a</sup> T., j. 08.09.1998, DJ 08.03.1999.

---

34

É bem elucidativo o seguinte trecho retirado de ementa de julgado daquela corte: “(...) VI. A fraude contra credores, proclamada em ação pauliana, não acarreta a anulação do ato de alienação, mas, sim, a invalidade com relação ao credor vencedor da ação pauliana, e nos limites do débito de devedor para com este. (...)” (REsp 971.884/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3.<sup>a</sup> T., j. 22.03.2011, DJe 16.02.2012). No mesmo sentido, ainda: REsp 1100525/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.<sup>a</sup> T., j. 16.04.2013, DJe 23.04.2013; REsp 506.312/MS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1.<sup>a</sup> T., j. 15.08.2006, DJ 31.08.2006.

---

35

Vale, aqui, a referência à diferenciação entre ineficácia *estrutural* e ineficácia *funcional*, trazida por Humberto Theodoro Jr.: “Do lado oposto, um negócio jurídico pode não ser eficaz de dois modos: ou de forma *estrutural* ou de forma *funcional*. Ocorre a ineficácia *estrutural* quando o negócio se constitui de maneira defeituosa, e, assim, sua inaptidão a gerar os efeitos programados é inerente ao próprio negócio. A ineficácia *funcional*, por sua vez, deriva de circunstâncias ulteriores à formação da relação jurídica idônea na origem a gerar os efeitos programados” (*Comentários...*, vol. III, t. I, p. 407).

---

36

“Aqui ocorre uma razão muito forte para que no sistema brasileiro o direito não fique satisfeito com a suposta anulabilidade do ato realizado mediante a fraude pauliana. Torno agora àquelas reflexões iniciais deste estudo, envolvendo o *valor do fim no direito* e o método teleológico na interpretação de seus institutos. A *anulação* do ato iria além dos objetivos do próprio instituto da fraude contra credores, criando às vezes uma situação de injustificável favorecimento ao próprio devedor fraudulento e, com isso, ocasionando uma inversão ética com a qual o direito não deve conformar-se” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “Fraude contra credores alegada...”, p. 1480).

---

37

“O direito reconhecido aos credores de reagir contra os atos de disposição do devedor, que comprometiam a garantia patrimonial de seus créditos, tinha como fonte um *edito do Pretor*. Neste assegurava-se uma ação para fazer revocar os atos com os quais o devedor houvesse fraudulentamente reduzido seu patrimônio com intenção de prejudicar seus credores. Não se tratava, porém, de uma *anulação* do ato alienatório praticado pelo devedor, mas simplesmente de uma preservação da responsabilidade patrimonial que pesava sobre o bem alienado” (*Fraude contra credores...*, p. 75).

---

38

Após analisar a questão nos sistemas *italiano* (p. 87-92), *francês* (p. 92-100), *alemão* (p. 100-106), *argentino* (p. 106-110), *espanhol* (110-114), *mexicano* (p. 114-116) e *português* (p. 116-122), assim conclui o autor: “A pesquisa efetuada em torno dos principais Códigos Civis da Europa e América Latina revela que a tendência geral é no sentido de colocar o problema da fraude contra credores não no campo da nulidade ou anulabilidade do ato jurídico, mas no da *inoponibilidade* ou *ineficácia relativa*” (*Fraude contra credores...*, p. 122).

---

39

Ver, *supra*, o item 7.2.

---

40

Art. 161. A *ação*, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

---

41

Assim, por todos: NERY Jr., Nelson. “Fraude contra credores...”, p. 90-99.

---

42

Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 437-438.

---

43

“Fraude contra credores alegada...”, p. 1470-1515.

---

44

Súmula 195: Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores.

---

45

Dentre muitos outros, é o que se tem nos seguintes julgados: AgRg no AREsp 347.562/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.<sup>a</sup> T., j. 19.09.2013, *DJe* 24.09.2013; REsp 443.865/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4.<sup>a</sup> T., j. 05.08.2008, *DJe* 15.09.2008; REsp 841.361/PA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.<sup>a</sup> T., j. 03.04.2007, *DJ* 23.04.2007; REsp 671.296/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3.<sup>a</sup> T., j. 05.09.2006, *DJ* 05.02.2007.

---

46

O raciocínio é de Cândido Dinamarco (“Fraude contra credores alegada...”, p. 1478-1479).

---

47

“Fraude contra credores alegada...”, ns. 851-852, p. 1492-1497. Defendendo, ainda, a natureza constitutiva da sentença, apesar de entender que o ato é ineficaz: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 341; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários...*, vol. 8, p. 275-277.

---

48

Vale a leitura da explicação de Humberto Theodoro Jr., para quem “não havendo desconsideração do ato fraudulento e, sim, reconhecimento de sua inoperância em face do credor prejudicado, não se pode enquadrar a sentença pauliana entre as constitutivas. Sua sede natural haverá de ser a das sentenças declaratórias” (*Fraude contra credores...*, p. 201). No mesmo sentido: CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, p. 77-78; HANADA, Nelson. *A insolvência...*, p. 90-92; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 3. ed., p. 85.

---

49

Veja-se, aqui, a precisa conclusão que Dinamarco extrai da premissa – da qual discorda – de que seria originária a ineficácia: “Eis o que aconteceria se não se fizesse uma distinção entre a ineficácia originária e a sucessiva. Se ao deduzir seus embargos de terceiros o comprador alegar a compra feita (impugnando com isso a constrição realizada em benefício do credor anterior), em resposta o credor dir-lhe-á que a própria alienação foi ineficaz, não sendo oponível a ele; e o juiz, se acolher a resposta do embargado, rejeitará os embargos de terceiro pelo mérito porque o bem responde pela obrigação (como nunca deixou de responder), a penhora foi lícita e o embargante não tem direito à desconstituição da penhora” (“Fraude contra credores alegada...”, p. 1497-1498). É exatamente este o raciocínio adotado por Nelson Hanada: *A insolvência...*, p. 127.

---

50

“Chama-se reconvenção à ação proposta pelo réu (reconvinte) contra o autor (reconvindo) no mesmo processo por este instaurado contra aquele. Embora tratada pelo réu como modalidade de ‘resposta do réu’, a reconvenção é verdadeira ação, *distinta* da originária” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed. Rio de Janeiro: 2012, p. 44).

---

51

Para maior desenvolvimento deste argumento à luz do CPC/1973, ver, com grande proveito: NERY Jr., Nelson. “Fraude contra credores...”, p. 90-94.

---

52

Foi o que também perceberam: AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias. *Fraudes patrimoniais...*, p. 183; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 526-527.

---

53

Neste sentido, sobre o CPC/1973, ver, por todos: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 261.

---

54

A este respeito, ver, uma vez mais: NERY Jr., Nelson. “Fraude contra credores...”, p. 90-98.

---

55

Na vigência do CPC/1973, inexistindo dispositivo expresso a respeito, era controversa a possibilidade de a reconvenção provocar a ampliação subjetiva do processo. Sobre o tema, vale conferir o panorama doutrinário e jurisprudencial trazido por Heitor Vitor Sica, que afirmava ser minoritária a opinião no sentido de que seria permitida a reconvenção subjetivamente ampliativa (*O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 289-291).

---

56

Também neste sentido: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 5. ed., p. 526-527.

---

57

É o que fazem, por exemplo, Gilberto Bruschi, Rita Nolasco e Rodolfo Amadeo (*Fraudes patrimoniais...*), que, malgrado sustentem que a fraude contra credores leve à anulabilidade do ato, sendo constitutiva a natureza da sentença pauliana (p. 76-78), defendem a possibilidade de se utilizar da reconvenção, nos embargos de terceiro, para alegar o vício (p. 183).

---

58

Art. 158 (...) § 1.º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

---

59

Assim, por exemplo, Sílvio Rodrigues (“Ação pauliana ou revocatória”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 3. Coord.: R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 291-292) e Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil (parte geral)*, p. 218) negavam tal possibilidade aos credores com garantia real. Já Cáo Mário, admitia-a, desde que, como consta do atual diploma, a garantia fosse insuficiente (*Instituições...*, vol. I, p. 346).

---

60

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias. *Fraudes patrimoniais...*, p. 80; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, p. 522; BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 301; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. II, p. 33; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil (parte geral)*, p. 222; NERY Jr., Nelson. “Fraude contra credores...”, p. 94-95; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 5. ed., p. 102-103; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, vol. 1, p. 237-238.

---

61

62

Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

---

63

Registre-se, todavia, a existência de respeitável opinião no sentido de que, resultando apenas na ineficácia do negócio, a fraude contra credores repercutiria tão somente na esfera jurídica do adquirente, não havendo necessidade de o alienante ser réu no processo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 439).

---

64

Sobre tal diferença ver, mais uma vez: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 440.

---

65

Neste sentido, dentre outros: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 299-300; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 278; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. II, p. 29.

---

66

É o que escreve Marcelo Abelha Rodrigues, em passagem que vale ser transcrita pela originalidade: “Com fulcro nos arts. 391 do CC e 591 do CPC, pensamos que na ação judicial intentada pelo credor contra aqueles que participaram do ato de alienação do bem, que se quer reconhecer como sujeito à responsabilidade patrimonial, é mister que se observe que existe uma presunção em favor do credor de que a alienação é ineficaz e que, portanto, incide a responsabilidade patrimonial. Não se trata de fazer com que o bem ‘retorne’ à responsabilidade patrimonial, mas sim que ‘declare’ a sua permanência naquela condição primitiva. É, pois, o próprio art. 391 do CC que diz expressamente que todos os bens do devedor respondem pelo inadimplemento, motivo pelo qual caberá a ele e aos terceiros adquirentes a prova de que o bem alienado não representou um desfalque patrimonial, e, por isso mesmo, aquela alienação não teria violado a garantia estabelecida pela responsabilidade patrimonial na época do nascimento da obrigação. Ora, se não fosse assim, certamente seria, mais uma vez, fazer *tabula rasa* desse instituto tão importante – diria dorsal – da atividade executiva, já que seria letra morta o disposto nos arts. 391 do CC e 591 do CPC” (*Manual de execução civil*, 3. ed., p. 85).

---

67

A este respeito, vale conferir o que escreveu Artur Carpes antes do CPC/2015, que critica a expressão “inversão” do ônus da prova utilizada no art. 6.º, VIII, do CDC, por dar a entender que, por meio daquela técnica, o ônus relativo a todos os fatos seriam transferidos à parte contrária (*Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 116-117). No mesmo sentido, à luz do CPC/2015, ver, ainda:



FERREIRA, William Santos. “Comentários aos arts. 369 a 380”. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 1010; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 887.

---

68

É isso, aliás, o que já defendeu autorizada doutrina: “(...) a prova de pelo menos uma das circunstâncias que remetem à desconstituição da alienação de bens pelo devedor é praticamente impossível: afinal, com proceder na demonstração de que o réu *não* tem bens suficientes para responder pela dívida com o autor? Como será possível ao autor inventariar todo o patrimônio do réu para que se possa demonstrar sua condição de insolvente? Em casos tais, os tribunais têm *dinamizado* a previsão estática positivada na lei processual. Transfere-se, pois, o ônus da prova ao réu, sendo deste, portanto, o ônus de provar que *um dos requisitos* da fraude, qual seja, o da sua *insolvência*, não foi cumprido. O ônus passa a ser do réu que contesta a existência da fraude, no sentido de provar que *não* se encontra em estado de insolvência, ou seja, *de que possui patrimônio suficiente a cumprir com a obrigação firmada com o autor*” (CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*, p. 84-85).

---

69

Sobre o art. 159, ver, de onde retiramos parte dos exemplos: RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, vol. 1, p. 233.

---

70

Segundo informa Leonardo Greco, a figura surgiu, em 1850, no Regulamento 737 – que regulava os processos em matéria comercial –, inspirada na “extrema severidade por ele dispensada à repressão às diversas figuras de fraude no comércio, às quais se impôs, em inúmeros casos, a pena de prisão” (*O processo de execução*, vol. II, p. 34).

---

71

Sobre o assunto, ver, *supra*, o item 1.5.

---

72

Neste sentido, dentre muitos outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 423; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 3. ed., p. 82; THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 26. ed. São Paulo: LEUD, 2009, p. 168-169.

---

73

Considerando que, como temos sustentado neste trabalho, a responsabilidade patrimonial é instituto de natureza processual (ver, *supra*, o Capítulo 2), parece-nos que também na fraude contra credores há violação ao interesse público, já que o ato frustra a possibilidade de que, em futuro processo, possa o Estado vir a prestar a tutela jurisdicional por meio da expropriação executiva. Tal constatação, porém, não ilide a conclusão de que a fraude à execução, por ocorrer quando já há processo em curso, se reveste de maior gravidade que a fraude pauliana.

74

Art. 179 – *Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.* Vale dizer, todavia, que, como ensina a doutrina especializada, o tipo penal apenas se configura após a citação do réu em *processo de execução*, e não no de conhecimento, cautelar, etc. De toda sorte, assim como ocorre com a figura prevista no CPC, sua consumação depende de o ato ser capaz de reduzir o devedor à insolvência. Neste sentido, com outras indicações: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, vol. III. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 334-336.

---

75

“A *alienação de bem já constricto* por penhora, apreensão ou depósito judicial é uma aberta insubmissão, chegando a ser um escárnio à autoridade judiciária que já lançou mãos sobre o bem e cujo poder é simplesmente menosprezado pelo devedor que o aliena ou grava com ônus real” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 423-424).

---

76

THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, p. 172.

---

77

Referimo-nos, aqui, ao que expõe Alcides de Mendonça Lima, que, na vigência do CPC/1973, criticava o fato de que, enquanto a pendência e processo de conhecimento – que visava à *formação* de um título executivo judicial – já era suficiente para ensejar a fraude de execução, o credor portador de *título executivo extrajudicial* não encontrava amparo no art. 593 antes de iniciada a execução. Relembrava, assim, que diversos códigos estaduais previam a possibilidade de caracterizar-se a fraude antes de iniciada a execução do título extrajudicial. Assim, por exemplo, os códigos de São Paulo (art. 950, II) e do então Distrito Federal (art. 969, II), consideravam fraudatária à execução a alienação após o protesto dos títulos. Já o diploma do Rio Grande do Sul (art. 948, 1.º) determinava haver fraude se alienação ocorria nos trinta dias que antecediam a penhora (*Comentários...*, vol. VI, n. 1.115-1.117, p. 444-445).

---

78

Vale a leitura do que escreve Leonardo Greco, que dá especial amplitude à possibilidade no que diz respeito ao processo cautelar, que poderia ser “(...) de finalidade assecuratória quanto a bens, de finalidade antecipatória, de finalidade probatória com instrumentalidade imediata ou de finalidade assecuratória quanto à relação jurídica de que decorre a responsabilidade patrimonial do devedor” (*O processo de execução*, vol. II, p. 41).

---

79

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 3. ed., p. 82.

---

80

Neste sentido: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA,

Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 305; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 442. Registra-se, todavia, a existência de posição contrária, fruto, na verdade, da negação do caráter jurisdicional do juízo arbitral, como, por exemplo, é o pensamento de Teori Zavascki (*Comentários...*, vol. 8, p. 284). De toda sorte, considerando a redação do art. 515, VII do CPC/2015 (que considera título executivo *judicial* a sentença arbitral), não temos dúvidas da resposta afirmativa.

---

81

Também aqui há certa divergência, havendo autores que entendem ser necessária a existência de *sentença penal condenatória transitada em julgado*, vez que, apenas a partir daí ela passa a produzir eficácia civil. Neste sentido: LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários...*, vol. VI, p. 453. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários...*, vol. 8, p. 284. A razão, todavia, parece estar com aqueles que entendem bastar a pendência do processo penal, com a citação do réu, para ensejar a fraude de execução, vez que este é, tanto quanto o cível, capaz de produzir título executivo judicial (CPC/2015, art. 515, VI). É o que expõem: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 305; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 442.

---

82

Neste sentido, era a posição de Cândido Dinamarco ainda na vigência do CPC/1973 (*Instituições...*, vol. IV, p. 444), superior àquela defendida, por exemplo, por Araken de Assis, para quem, transcorridos seis meses do trânsito em julgado, e havendo o arquivamento dos autos nos termos do art. 475-J, § 5.º, não mais haveria fraude de execução (*Comentários...*, vol. VI, p. 255).

---

83

O entendimento é praticamente unânime não apenas na doutrina, mas também na jurisprudência, como se vê de diversos julgados do STJ, que exigem a existência de citação válida. Assim, dentre outros: AgRg nos EDcl no REsp 928.447/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4.ª T., j. 16.11.2010, *DJe* 26.11.2010; AgRg no REsp 706.690/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4.ª T., j. 25.05.2010, *DJe* 22.06.2010; AgRg no Ag 1158490/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5.ª T., j. 02.03.2010, *DJe* 29.03.2010; AgRg no Ag 1184095/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 3.ª T., julgado em 19.10.2010, *DJe* 26.10.2010.

---

84

Contrária é a opinião de Ronaldo Brêtas Dias, para quem a configuração de fraude de execução dispensa, em qualquer caso, citação do réu, bastando que tenha sido ajuizada a demanda: *Fraude no processo civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 117-126. Em sentido semelhante, Fátima Nancy Andriguei e Daniel Bittencourt Guariento sustentam que bastaria “a existência de petição inicial distribuída ou despachada pelo juiz e devidamente cadastrada no distribuidor” (“Fraude de execução: o Enunciado 375 da Súmula/STJ e o Projeto do novo Código de Processo Civil”. *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem a Araken de Assis*. Coord.: Arruda Alvim [et al.]. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 359-360).

---

85

86

Pedimos licença para transcrever trecho de ementa de julgamento do STJ, que bem esclarece a questão: PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. PLENA CIÊNCIA POR PARTE DO DEVEDOR DA EXECUÇÃO (...). 1. Diferença marcante entre a fraude contra credores e fraude de execução situa-se na categoria do interesse violado com a prática do ato fraudulento. Com efeito, a primeira tem por violado interesse de natureza privada, qual seja o interesse privado do credor. De sua vez, na fraude de execução o interesse infringido é o da própria atividade jurisdicional, ou seja, macula-se o prestígio da própria jurisdição ou do Estado-Juiz. 2. De regra, a caracterização da fraude de execução exige a ocorrência de litispendência, esta caracterizada pela citação válida do devedor no processo de conhecimento ou de execução. 3. *In casu*, há que se ater à peculiaridade levada em conta pela decisão recorrida, qual seja, quando da alienação do bem, portanto, no momento caracterizador da fraude, o devedor-executado tinha pleno conhecimento do ajuizamento da execução e, como forma de subtrair-se à responsabilidade executiva decorrente da atividade jurisdicional esquivou-se da citação de modo a impedir a caracterização da litispendência e nesse período adquiriu um bem imóvel em nome dos filhos. 4. Inegável, portanto, que no caso em questão o ato fraudulento do executado maltratou não apenas o interesse privado do credor, mas sim a eficácia e o próprio prestígio da atividade jurisdicional, razão por que o ato de alienação de bens praticado pelo executado, ainda que anteriormente à citação, ontologicamente analisado no acórdão recorrido, está mesmo a caracterizar fraude de execução, impondo, como consequência a declaração de sua ineficácia perante o credor-exequente. (...) (REsp 799.440/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4.<sup>a</sup> T., j. 15.12.2009, DJe 02.02.2010). Em sentido semelhante, ainda: REsp 1067216/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3.<sup>a</sup> T., j. 26.05.2009, DJe 24.06.2009.

---

87

Neste sentido: AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações...*, p. 213; CÂMARA, Alexandre Freitas. “Comentários aos arts. 133 a 137”. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 436; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “Comentários aos arts. 119 a 137”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 247-248, ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Método, 2015, p. 444; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 400-401. Em sentido contrário: BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. “Comentários aos arts. 771 a 805”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1144.

---

88

Na vigência do CPC/1973, a opinião era pacífica na doutrina em relação à alienação de bens onerados. Ver, por todos: ASSIS, Araken de. *Comentários...*, vol. VI, p. 261-262.

---

89

Este raciocínio não se aplica à hipótese do inc. II do art. 792 do CPC/2015 porque, neste caso, não é possível separar o momento em que o bem é afetado à execução daquele em que se dá averbação: na verdade, é a própria averbação da certidão de admissão da execução, na forma do art. 828, o que vincula aquele

específico bem à atividade judicial. Do mesmo modo, também não é possível cindir estes momentos quanto à hipoteca judicial, que depende, para a sua constituição, da inscrição no registro do bem. Neste sentido, sobre a necessidade de que a hipoteca seja inscrita para que se possa dizer adquirido o direito: GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. n. 277, p. 420-421.

---

90

Na vigência do CPC/1973, houve intensa disputa a respeito de ser o ato de averbação essencial ou não para a constituição da penhora. A divergência, entretanto, cessou com o advento da Lei 10.444/2002, que deixou claro, por meio da nova redação do art. 659, § 4.º, que a averbação serviria, apenas, para “para presunção absoluta de conhecimento por terceiros”. Sobre o assunto: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. n. 193, p. 268-270. Ao que nos parece, a orientação foi mantida no CPC/2015, estando claro, em seu art. 844, que a finalidade da averbação é possibilitar o conhecimento de terceiros.

---

91

É a lição de Alcides de Mendonça Lima, corriqueiramente citada na doutrina (*Comentários...*, vol. VI, p. 453).

---

92

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 289-291; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. II, p. 39; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 3. ed., p. 87.

---

93

“É necessário que não se intrometa no assunto da fraude à execução o elemento da culpa, nem, tampouco, do lado do adquirente, o elemento da má-fé” (*Comentários...*, t. IX, p. 464).

---

94

Neste sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol. II. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 203; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 293-294; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. II, p. 38.

---

95

“Além disso, a lei dispensa a prova do elemento subjetivo da fraude, do *consilium fraudis*. A intenção fraudulenta está *in re ipsa*; e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional” (*Processo de execução*, p.108).

---

96

Neste sentido: CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, p. 68-69; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários...*, vol. VI, p. 439; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 3ª ed., p. 85-86;

97

Era a opinião de Liebman, que, na verdade, afastava a alienação de bem penhorado das figuras das fraudes: “É frequente nos escritores e julgados a afirmação de que as alienações de bens penhorados não valeriam porque feitas em fraude de execução. Mas, como se explica no texto, neste caso as alienações são ineficazes em face da execução por efeito do vínculo imposto sobre os bens pela penhora, sem depender da fraude bem de seus requisitos” (*Processo de execução*, nota 9, p. 127). Era, ainda a opinião de Leonardo Greco (*O processo de execução*, vol. II, p. 45), e que já foi sustentada por Dinamarco (*Execução civil*, n. 180, p. 305-306).

---

98

Era essa a opinião que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira defendia a respeito do arresto: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. n. 34, p. 89-92.

---

99

Escrevia José Frederico Marques que “na fraude de execução, não se sacrifica o adquirente de boa-fé em holocausto à regularidade da atuação dos órgãos jurisdicionais” (*Manual...*, vol. IV, p. 50). Neste sentido, exigindo que fique demonstrada a ciência do adquirente a respeito da existência do processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, n. 1.579, p. 444-446; TALAMINI, Eduardo; TALAMINI, Elmar Tobias. “Embargos de terceiro – requisitos para a caracterização de fraude à execução”. *Revista de Processo*, n. 89. São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 242-244; THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, p. 169-170.

---

100

Ver, *supra*, o item 7.3.3.

---

101

Era isso o que se entendia na jurisprudência do STJ à luz do CPC/1973: “(...) FRAUDE À EXECUÇÃO. MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE. COMPROVAÇÃO. (...) 2. A fraude à execução de que trata o inciso II do art. 593 verifica-se quando presentes, simultaneamente, as seguintes condições: (I) processo judicial em curso apto a ensejar futura execução; (II) conhecimento prévio pelo adquirente do bem da existência daquela demanda, seja porque há registro imobiliário, seja por ter o exequente comprovado tal ciência prévia, por outros meios; e (III) alienação ou oneração de bem aptas a reduzir o devedor à insolvência (*eventus damini*). Súmula 375/STJ. (...) (EDcl no AREsp 65.745/PB, Rel. Ministro Raul Araújo, 4.ª T., j. 08.10.2013, *DJe* 16.10.2013). No mesmo sentido, ainda, encontram-se diversos outros julgados, como, por exemplo: AgRg no AREsp 511.016/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 28.04.2015, *DJe* 05.05.2015; AgRg no REsp 1024779/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª T., j. 13.08.2013, *DJe* 20.08.2013; REsp 753.384/DF, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), 4.ª T., j. 01.06.2010, *DJe* 07.10.2010; AgRg no REsp 801.488/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3.ª T., j. 15.12.2009, *DJe* 18.12.2009; AgRg no AgRg no Ag 1094919/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 03.02.2009, *DJe* 17.02.2009; REsp 1085933/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2.ª T., j. 03.02.2009, *DJe* 26.02.2009; AgRg no REsp 1117704/SP, Rel.

102

“Aquela regra (...) acabou por tornar obrigatório o que, para o art. 615-A do CPC atual [1973] (tanto quanto no art. 828 do novo CPC), é inequivocamente facultativo, vale dizer, vincular o reconhecimento da fraude à execução à prévia averbação” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 504-505).

---

103

Sobre o ponto, ver, por todos: BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 426 e 505.

---

104

Neste sentido, parece-nos exato o pensamento de Rodolfo Amadeo: “(...) a diligência deverá se limitar, ordinariamente, à busca nos distribuidores das Justiças Estadual, Federal e Trabalhista. Somente se o adquirente tiver conhecimento de que o alienante é limitista ou político é que sua busca deverá envolver também as Justiças Eleitoral e Militar” (*Fraude de execução*, p. 76).

---

105

Neste sentido, sem fazer diferenciação entre as hipóteses em que o bem é ou não sujeito a registro: ANDRIGHI, Fátima Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt. “Fraude de execução...”, p. 355; BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso...*, vol. 5, p. 311. Dinamarco, a seu turno, anotava que a fraude pode ser reconhecida se o adquirente “tenha deixado de comportar-se com a *diligência ordinária* do homem comum, não realizando as costumeiras pesquisas em cartórios de protestos, distribuidores judiciais *etc*”, o que, entretanto, seria aferível caso a caso (*Instituições...*, vol. IV, p. 445).

---

106

Em primorosa pesquisa realizada a respeito da jurisprudência do STJ entre os anos de 1989 e 2008, Rodolfo da Costa Amadeo constatou que, de um total de 137 acórdãos em que se exigiu a prova da má-fé do terceiro adquirente para a decretação da fraude à execução, apenas em 10 deles (7,29%) a fraude foi efetivamente reconhecida (*A relevância do elemento subjetivo na fraude de execução*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2010, p. 211-228). Ao final, assim conclui o autor: “Vimos, portanto, que o entendimento dominante acaba por restringir demais a análise da fraude de execução, exigindo prova difícilíssima, que somente se verifica nos casos mais aberrantes” (p. 215).

---

107

Era o que já defendia, mesmo à luz do CPC/1973, Humberto Theodoro Jr., que dedicou tópico específico à “aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova à fraude de execução” (THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. II. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. n. 736-b, 209-210). A posição foi, ainda, mantida pelo autor após o advento do CPC/2015: *Curso de direito processual civil*, vol.

III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. n. 232, p. 330-332. No mesmo sentido, também defendendo a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova nestes casos à luz do CPC/2015: AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias. *Fraudes patrimoniais...*, p. 120-123; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “Comentários aos arts. 119 a 137”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 248.

---

108

Veja-se um trecho de respectiva ementa: “(...) – O inciso II, do art. 593, do CPC, estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exequente, razão pela qual é da parte contrária o ônus da prova da inoccorrência dos pressupostos da fraude de execução. – A partir da vigência da Lei 7.433/1985, para a lavratura de escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente consigna, no ato notarial, a apresentação das certidões relativas ao proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais, que ficam, ainda, arquivadas junto ao respectivo Cartório, no original ou em cópias autenticadas. – Cabe ao comprador do imóvel provar que desconhece a existência da ação em nome do proprietário do imóvel, não apenas porque o art. 1.º, da Lei 7.433/1985 exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis, mas, sobretudo, porque só se pode considerar, objetivamente, de boa-fé, o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição. – Tem o terceiro adquirente o ônus de provar que, com a alienação do imóvel, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, apesar de constar da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel. (...) (REsp 655.000/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 23.08.2007, DJ 27.02.2008, p. 189).

---

109

De fato, a redação originária do art. 1.º, § 2.º, da Lei 7.433/1985 exigia a apresentação das certidões de “feitos ajuizados” para a lavratura da escritura pública. O dispositivo, porém, foi alterado justamente pela MP 656/2014 (art. 15), posteriormente convertida na Lei 13.097/2015 (art. 59), que retiraram especificamente esta exigência. Vale deixar claro que, versando sobre questão registral, e não processual – apesar de seu nítido reflexo no ambiente do processo –, o art. 59 da Lei 13.097/2015 não padece da inconstitucionalidade de que falamos acima, e tampouco de incompatibilidade com o texto do CPC/2015.

---

110

Em recente texto doutrinário escrito em coautoria, a relatora de referido julgado explicitou a relação da Lei 7.433/1985 com o tema: ANDRIGHI, Fátima Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt. “Fraude de execução...”, p. 355-358.

---

111

Assim, por exemplo: AgRg no Ag 1326564/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1.ª T., j. 11.09.2012, DJe 17.09.2012; AgRg no AREsp 48.439/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4.ª T., j. 21.08.2012, DJe 30.08.2012; AR 3.307/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2.ª Seção, j. 24.02.2010, DJe 29.03.2010; REsp 1070503/PA, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5.ª T., j. 18.08.2009, DJe 14.09.2009.



---

112

“(…) 1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação: (...) 1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula 375/STJ). 1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. 1.4. *Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência*, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4.º, do CPC. (...) (STJ, REsp 956.943/PR, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 20.08.2014, *DJe* 01.12.2014).

---

113

Assim, dentre muitos outros: STJ, AgInt no AREsp 639.438/MT, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4.ª T., j. 12.04.2016, *DJe* 22.04.2016; STJ, AgRg no REsp 1305406/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, 4.ª T., j. 17.03.2016, *DJe* 13.04.2016; STJ, AgRg no AREsp 778.071/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3.ª T., j. 03.03.2016, *DJe* 15.03.2016; STJ, AgRg no AREsp 743.652/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 03.03.2016, *DJe* 22.03.2016; STJ, AgRg no REsp 1439769/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 3.ª T., j. 08.03.2016, *DJe* 14.03.2016; STJ, AgRg no AREsp 147.879/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4.ª T., j. 15.10.2015, *DJe* 22.10.2015; STJ, EREsp 655.000/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2.ª Seção, j. 10.06.2015, *DJe* 23.06.2015.

---

114

Neste sentido, dentre outros: ASSIS, Araken de. *Comentários...*, vol. VI, p. 249-250; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, p. 424; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários...*, vol. VI, p. 439; MIRANDA, Pontes de. *Comentários...*, t. IX, p. 463; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, p. 239; THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, p. 169.

---

115

Registre-se, porém, a existência de posição minoritária que afirmavam que o caso seria de nulidade absoluta do ato. É o que pensavam: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, p. 288-289; CASTRO, Amílcar de. *Comentários...*, vol. VIII, n. 121, p. 83; PEREIRA, Cáo Mário. *Instituições...*, vol. I, p. 347. Nos casos, ainda, de alienação de bem constrito, José Frederico Marques defendia que se tratava de ato inexistente: *Manual...*, vol. IV, p. 49.

---

116

Veja-se o seguinte trecho de ementa de recente julgamento do STJ: “(...) 2. O art. 592, V, do Código de Processo Civil prevê a ineficácia (relativa) da alienação de bens em fraude de execução, nos limites do débito do devedor para com o autor da ação. *Nesse passo, não se trata de invalidação da renúncia da herança, mas sim na sua ineficácia perante o credor – o que não implica deficiência do negócio jurídico –, atingindo apenas as consequência jurídicas exurgidas do ato; por isso não há cogitar das alegadas supressão de competência do Juízo do inventário, anulação da sentença daquele Juízo, tampouco em violação à coisa julgada. (...)*” (REsp 1252353/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 21.05.2013, *DJe* 21.06.2013). No mesmo sentido, dentre outros: AgRg no AREsp 43.159/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3.ª T., j. 19.04.2012, *DJe* 09.05.2012; REsp 1260490/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, 3.ª T., j. 07.02.2012, *DJe*

02.08.2012; REsp 150.430/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.<sup>a</sup> T., j. 29.02.2000, DJ 10.04.2000; REsp 119.854/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, 1.<sup>a</sup> T., j. 06.05.1999, DJ 23.08.1999.

---

117

Registre-se, todavia, o posicionamento de Leonardo Greco, que, em nome do devido processo legal, sustenta que a fraude de execução deve ser reconhecida previamente em sentença proferida em processo cognitivo que assegure o contraditório e a ampla defesa (*O processo de execução*, vol. II, p. 35-37).

---

118

Neste sentido, dentre muitos outros: ASSIS, Araken de. *Comentários...*, vol. VI, p. 270; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*, 3. ed., p. 82; THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, p. 169.

---

119

Sobre o contraditório em diversas das modalidades de responsabilidade secundária, incluindo a fraude à execução, ver, *supra*, o item 6.2.1.1.

---

120

A este respeito, explica Carlos Alberto Carmona que, apesar de a fraude de execução poder se referir a atos anteriores à execução, apenas no curso desta é reconhecida: “Não é preciso lembrar que a fraude de execução pode ocorrer bem antes da existência da demanda executiva. Basta a citação para o processo de conhecimento condenatório para que desde logo possa ser cogitada a existência da fraude, sendo certo porém que somente no processo de execução (ou no momento do cumprimento da sentença condenatória (...)), será reconhecida a ineficácia da alienação ou da oneração do bem” (*Código de Processo Civil interpretado*. Coord.: Antônio Carlos Marcato. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1.814).

---

121

Vale, a respeito, a leitura da explicação de Cândido Dinamarco: “A efetiva incidência da responsabilidade patrimonial sobre os bens que houverem sido objeto de fraude de execução é automática e imediata, não dependendo de prévia sentença que autorize a constrição executiva do bem; este é um aspecto da severidade maior que a lei dedica a essa modalidade fraudulenta, em relação ao tratamento dado à fraude contra credores (...). Eventuais discussões acerca da eficácia ou ineficácia do ato realizado pelo devedor poderão ter lugar no processo executivo mesmo, mediante alegação incidentalmente trazida a ele, ou nos embargos de terceiro que o beneficiário do ato poderá opor” (*Instituições...*, vol. IV, p. 449-450). Paulo Lucon dizia, ainda, que, na fraude de execução, “o legislador brasileiro propositadamente inverteu e diferiu o momento cognitivo” (“Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro da penhora”. *Revista de Processo*, n. 98. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 164).

---

122

Tal orientação já foi expressamente consagrada na jurisprudência do STJ, como se vê de trecho de ementa já anteriormente citada: “(...) EXECUÇÃO. FRAUDE. (...) DECRETAÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA

EXECUÇÃO. CABIMENTO. PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO TERCEIRO ADQUIRENTE. DESNECESSIDADE. IMPUGNAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. REQUISITOS. (...) 2. Nos embargos de terceiro contra o reconhecimento de fraude à execução, cumpre ao embargante demonstrar a ausência de qualquer dos requisitos indispensáveis à caracterização da fraude, de modo a contrapor a prova feita pelo credor no âmbito da execução para derrubar a presunção relativa que até então favorecia o terceiro adquirente. 3. A fraude à execução é instituto de direito processual, cuja caracterização pressupõe a prévia existência de ação e que, por isso mesmo, acarreta a ineficácia primária da conduta fraudulenta, com a sujeição imediata do bem desviado aos atos de execução, razão pela qual pode ser declarada incidentalmente no próprio processo, dispensando medida autônoma. 4. *Como é originária, a declaração de fraude à execução dispensa prévia manifestação do terceiro adquirente, só havendo margem para discussão da legitimidade da penhora após a sua efetivação.* (...) (REsp 1260490/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.<sup>a</sup> T., j. 07.02.2012, DJe 02.08.2012).

---

123

Neste sentido, era a posição de Araken de Assis, para quem, não havendo urgência, deveria o juiz assinalar ao executado o prazo de cinco dias para manifestação (CPC/1973, art. 536), dando, ainda, ao adquirente, “oportunidade para arrazoar acerca da existência de fraude”. Logo após, deveria ser proferida decisão (que desafia agravo de instrumento) autorizando a penhora (*Comentários...*, vol. VI, p. 270-271).

---

124

Assim, por exemplo: “Trata-se de prazo preclusivo. Não opostos os embargos em 15 dias, o terceiro não perde o direito de se insurgir por ação autônoma e demonstrar a inexistência de fraude. Tal direito subsistirá até a expropriação judicial do bem, com a expedição da carta ao adquirente” (AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias. *Fraudes patrimoniais...*, p. 181). Neste sentido, ainda, era a jurisprudência do STJ à luz do CPC/1973: STJ, AgRg no REsp 1504959/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3.<sup>a</sup> T., j. 15.12.2015, DJe 02.02.2016.

---

125

Neste sentido, Cassio Scarpinella Bueno afirma que “neste caso, de fraude à execução, o prazo específico deve prevalecer sobre o genérico do *caput* do art. 675” (*Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 426).

---

126

É a certa opinião de Marcelo Abelha Rodrigues: “Parece-nos que esse dispositivo citado [art. 792, § 4.º] fixa um prazo decadencial para o terceiro ajuizar referida demanda quando seja intimado pelo juiz para manifestar-se acerca da constrição do bem que supostamente seria de sua posse ou propriedade. (...) Ora, o art. 792. § 4.º, cria uma regra especial para o prazo decadencial para ajuizamento dos embargos de terceiro, ou seja, caso não o faça, não poderá mais, com esse remédio processual, rescindir a decisão judicial que fez a constrição sobre o bem do qual seria possuidor ou proprietário” (*Manual de execução civil*, 5. ed., p. 111).

---

127

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito

passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

---

128

É o que se vê, dentre outros, em recente julgado daquela corte. Ressalte-se que, muito embora a ementa faça referência ao art. 135 do CTN, é o art. 185 que foi ali analisado: “(...) EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE OCUPAÇÃO. PENHORA DE BEM ALIENADO A TERCEIRO ADQUIRENTE. SÚMULA 353/STJ. APLICAÇÃO POR ANALOGIA. (...) 1. A jurisprudência desta Corte é pacífica quanto à inaplicabilidade do disposto no art. 135 do Código Tributário Nacional – CTN às execuções de créditos do FGTS, sob o argumento de que se trata de dívida ativa não tributária (Súmula 353/STJ). 2. Correto, portanto, o acórdão recorrido, que exigiu prova de má-fé do terceiro adquirente para o reconhecimento de fraude à execução – Súmula 375/STJ, aplicável por analogia – ante a natureza não tributária da taxa de ocupação em terreno de marinha. (...)”. (AgRg no REsp 1401721/PE, Rel. Ministro OG Fernandes, 2.ª T., j. 21.11.2013, *DJe* 02.12.2013).

---

129

Para análise de tal questão, na redação anterior, ver, com referências à doutrina e jurisprudência então existentes: CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, p. 654-658; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários...*, vol. 8, p. 288-290.

---

130

Assim, dentre outros julgados: AgRg no AREsp 770.954/PE, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1.ª Região), 1.ª T., j. 10.11.2015, *DJe* 20.11.2015; AgRg no AREsp 750.038/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 13.10.2015, *DJe* 21.10.2015; AgRg no REsp 1500018/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1.ª T., j. 28.04.2015, *DJe* 13.05.2015; AgRg no AREsp 372.264/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, 2.ª T., j. 19.09.2013, *DJe* 30.09.2013; AgRg no Ag 1191868/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2.ª T., j. 02.04.2013, *DJe* 09.04.2013; AgRg no REsp 1095503/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1.ª T., j. 27.11.2012, *DJe* 14.12.2012; REsp 1187966/ES, Rel. Ministro Castro Meira, 2.ª T., j. 02.08.2011, *DJe* 16.08.2011.

---

131

Assim, na jurisprudência do STJ: “PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – (...) EXECUÇÃO FISCAL – FRAUDE À EXECUÇÃO – INTERPRETAÇÃO DO ART. 185 CTN. (...) 2. Afasta-se a alegação de fraude à execução fiscal para acolher embargos de terceiro, se o executado possui em seu patrimônio outros bens para garantir a execução. 3. A interpretação dada ao art. 185 do CTN pretende abrandar o rigor do dispositivo. (...)” (EDcl no REsp 1347022/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, 2.ª T., j. 20.06.2013, *DJe* 16.08.2013).

---

132

É o caso de: ASSIS, Araken de. *Comentários...*, vol. VI, p. 256; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 426. Em sentido contrário, afirmando se tratar de presunção absoluta: MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros,

Vale a leitura de trecho da elucidativa ementa do julgado referido: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. (...) 1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a *Súmula 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais*. (...) 5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas. (...) 9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das “garantias do crédito tributário”; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante 10, do STF. (...)”. (REsp 1141990/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, 1.<sup>a</sup> Seção, j. 10.11.2010, *DJe* 19.11.2010). O entendimento vem sendo constantemente aplicado, como se vê de recentes julgados: AgInt no REsp 1584251/RS, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3.<sup>a</sup> Região), 2.<sup>a</sup> T., j. 12.04.2016, *DJe* 19.04.2016; AgRg no AREsp 734.951/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2.<sup>a</sup> T., j. 15.10.2015, *DJe* 26.10.2015; AgRg no AREsp 212.974/AL, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2.<sup>a</sup> T., j. 21.11.2013, *DJe* 29.11.2013; AgRg no AREsp 289.499/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1.<sup>a</sup> T., j. 18.04.2013, *DJe* 24.04.2013; REsp 1347022/PE, Rel. Ministro Castro Meira, 2.<sup>a</sup> T., j. 19.03.2013, *DJe* 10.04.2013.

Neste sentido, na jurisprudência do STJ: “(...) A teor do art. 185, do CTN, a fraude à execução tributária tem por efeito retirar a eficácia de determinado negócio jurídico perante somente a execução fiscal ajuizada e não desconstituir o negócio jurídico. Por esta razão, a ocorrência de fraude à execução não aproveita à Fazenda Pública em processo onde figura como executada. (...)” (REsp 1184500/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2.<sup>a</sup> T., j. 15.09.2015, *DJe* 18.12.2015). No mesmo sentido: REsp 1509293/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.<sup>a</sup> T., j. 02.06.2015, *DJe* 05.08.2015.