

Cândido Rangel Dinamarco

**INSTITUIÇÕES DE
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

VOLUME IV

*4ª edição, revista e atualizada
segundo o Código de Processo Civil/2015,
de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016,
e a Lei 13.363, de 25.11.2016*

 **MALHEIROS
EDITORES**

Instituições de Direito Processual Civil

© CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

1ª edição: 2004; 2ª edição: 2005; 3ª edição: 2009.

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br

e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição: PC Editorial Ltda.

Capa:

Criação: Vânia Amato

Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

01.2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D583i Dinamarco, Cândido Rangel.

Instituições de direito processual civil : volume IV / Cândido Rangel
Dinamarco. – 4. ed., rev. e atual. segundo o Código de Processo
Civil/2015, de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016 e a Lei 13.363, de
25.11.2016. – São Paulo : Malheiros, 2019.

920 p. ; 21 cm.

ISBN 978-85-392-0430-4

1. Processo civil - Brasil. I. Título.

CDU 347.91/.95(81)

CDD 347.8105

Índice para catálogo sistemático:

1. Processo civil : Brasil 347.91/.95(81)

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 8/10213)

Capítulo CXXIII – AS FRAUDES DO DEVEDOR

1.813. conceito – perspectiva geral – 1.814. as três fraudes do devedor e os diferentes atos que merecem – 1.815. ineficácia – 1.816. os atos fraudulentos não são nulos nem anuláveis – 1.817. ineficácia, anulação e o Código de Processo Civil – 1.818. os atos fraudulentos e seu objeto – 1.819. aniquilação ou redução do patrimônio do obrigado – 1.820. insolvência: limites de sua relevância – 1.821. insolvência: elementos conceituais e sistemáticos – 1.822. insolvência gerada ou agravada – 1.823. ônus da prova e presunção de insolvência – 1.824. fraude contra credores – o *consilium fraudis* – 1.825. ação pauliana – 1.826. fraude de execução – hipóteses e caracterização – duas vertentes distintas (CPC, art. 792, incs. I e IV) – 1.827. fraude de execução: processo instaurado – 1.828. na pendência da fase de cumprimento de sentença – 1.829. em caso de desconsideração da personalidade jurídica – 1.830. fraude de execução e alienação ou oneração de bem constrito: conhecimento pelo terceiro, prova e presunção – 1.831. a posição do adquirente – 1.832. alienações sucessivas – 1.833. fraude de execução: alienação ou oneração da coisa litigiosa (CPC, art. 792, inc. I – *supra*, n. 1.808) – 1.834. ainda a litigiosidade: pretensões fundadas em direito real ou pessoal – 1.835. fraude à execução por quantia certa (CPC, art. 792, inc. IV) – 1.836. alienação do bem constrito (penhorado, arrestado, apreendido *etc.*) – 1.837. fraudes cometidas pelo mero responsável

1.813. conceito – perspectiva geral

Fraudes do devedor são as condutas com as quais alguém, na pendência de uma obrigação insatisfeita, procura livrar um bem da responsabilidade patrimonial a que está sujeito. São condutas do próprio obrigado (devedor) ou, às vezes, também do mero responsável. Com a locução *fraudes do devedor*, não empregada em lei, designa-se uma categoria ampla de condutas desse teor, na qual se incluem a *fraude de execução*, a *fraude contra credores* e a *disposição de bem já constrito judicialmente* (penhorado, apreendido, depositado). Todas essas três figuras consistem em atos de disposição que, mesmo sendo intrinsecamente perfeitos

(válidos), não produzirão o resultado visado pelo obrigado, ou seja, não terão a eficácia de impedir que o bem venha a ser utilizado em via executiva para a satisfação do credor. Os atos fraudulentos não serão *oponíveis* ao credor, ou seja, não aproveita ao sujeito beneficiado por eles a alegação de que adquiriu o bem, ou de que este lhe fora dado em garantia real por um crédito seu; eles produzem seus efeitos normais, menos esse de subtrair o bem à responsabilidade pelas obrigações do devedor que os alienou ou os gravou com um ônus real (hipoteca, penhor).

Inoponibilidade é uma palavra de muito uso entre os italianos e tem a mesma raiz do substantivo *oposição*, que serve para designar certas defesas processuais; os embargos do executado chamam-se *opposizioni del debitore*. Daí falar-se em *inopponibilità* para traduzir a ideia de que a aquisição em fraude não é suscetível de ser alegada (oposta) pelo adquirente para a defesa do bem que adquiriu.

A ordem processual oferece meios destinados a neutralizar a eficácia de cada uma das espécies de fraudes do devedor, variando a energia desse combate segundo a gravidade do ato. Todas as espécies fraudulentas são constituídas por atos que visam a prejudicar o credor, porque em todas o devedor procura de algum modo evitar que este consiga receber o que lhe é devido.

1.814. as três fraudes do devedor e os diferentes tratos que merecem

Tem dois aspectos a graduação da severidade na repulsa a cada uma das espécies fraudulentas — variando não só os *requisitos* para que cada uma delas se caracterize, como também os modos pelos quais o juiz reconhece a ocorrência de cada uma delas (maior formalismo no tocante à fraude contra credores, quase formalismo nenhum nas outras fraudes).

A *fraude contra credores*, que é lesiva a estes mas não ultraja o Poder Judiciário porque é praticada quando não há um processo em curso, depende, para se caracterizar em cada caso concreto, do duplo requisito da *insolvência* criada ou agravada pelo ato mais o *consilium fraudis*, que é o concerto de intenções e condutas cons-

cientes entre o devedor que aliena ou grava o bem e o terceiro que o recebe. A consequência dessa fraude será afinal a *ineficácia do ato*, com a possibilidade de o bem ser penhorado por iniciativa do credor lesado; mas para chegar a esse resultado o credor precisará pedir previamente em juízo, pelas vias do processo de conhecimento, uma sentença que ponha o bem em condições de responder (*ação pauliana* – CC, arts. 158-165) – e assim está expressamente disposto no art. 790, inc. VI, do Código de Processo Civil. Sem essa sentença, ou antes dela, a penhora de bens alienados em fraude contra credores é inadmissível.

A *fraude de execução* caracteriza-se quando a alienação ou oneração de bens é feita já na pendência de um processo – quer executivo, quer de conhecimento, monitório ou mesmo antecedente – cujo desfecho possa conduzir à imposição de medidas sobre o bem alienado ou gravado (CPC, art. 792). Com essas condutas o obrigado não só quer prejudicar o titular do direito a ser satisfeito mediante o emprego do bem, como ainda rebela-se contra a autoridade exercida pelo Estado-juiz, procurando fazer com que caia no vazio tudo quanto no processo vier a ser decidido, determinado, comandado. Daí a severidade maior com que o direito trata a fraude de execução, em comparação com o trato dado à fraude contra credores – severidade essa consistente em autorizar desde logo a imposição do poder sobre o bem, penhorando-o, apreendendo-o *etc.*, sem necessidade de uma sentença destinada a pô-lo sob a mira das medidas executivas (art. 790, inc. V).

Em caso de obrigação *pecuniária* a fraude de execução só se caracteriza mediante a criação ou agravamento da insolvência do devedor *já na pendência do processo*, sendo dispensável o conluio com o adquirente, ou, como se costuma dizer em relação à fraude contra credores, o *consilium fraudis*. É indispensável, porém, como em todas as hipóteses de fraude de execução, que o adquirente tenha ou deva ter conhecimento da pendência de um processo em face do alienante.¹

1. Mas repete-se: quando a fraude de execução se refere à coisa especificamente devida não se cogita da solvência ou insolvência do devedor porque sua situação patrimonial só é relevante quando se trata de obrigações em dinheiro (*infra*, nn. 1.820-1.821 e 1.833).

cientes entre o devedor que aliena ou grava o bem e o terceiro que o recebe. A consequência dessa fraude será afinal a *ineficácia do ato*, com a possibilidade de o bem ser penhorado por iniciativa do credor lesado; mas para chegar a esse resultado o credor precisará pedir previamente em juízo, pelas vias do processo de conhecimento, uma sentença que ponha o bem em condições de responder (*ação pauliana* – CC, arts. 158-165) – e assim está expressamente disposto no art. 790, inc. VI, do Código de Processo Civil. Sem essa sentença, ou antes dela, a penhora de bens alienados em fraude contra credores é inadmissível.

A *fraude de execução* caracteriza-se quando a alienação ou oneração de bens é feita já na pendência de um processo – quer executivo, quer de conhecimento, monitório ou mesmo antecedente – cujo desfecho possa conduzir à imposição de medidas sobre o bem alienado ou gravado (CPC, art. 792). Com essas condutas o obrigado não só quer prejudicar o titular do direito a ser satisfeito mediante o emprego do bem, como ainda rebela-se contra a autoridade exercida pelo Estado-juiz, procurando fazer com que caia no vazio tudo quanto no processo vier a ser decidido, determinado, comandado. Daí a severidade maior com que o direito trata a fraude de execução, em comparação com o trato dado à fraude contra credores – severidade essa consistente em autorizar desde logo a imposição do poder sobre o bem, penhorando-o, apreendendo-o *etc.*, sem necessidade de uma sentença destinada a pô-lo sob a mira das medidas executivas (art. 790, inc. V).

Em caso de obrigação *pecuniária* a fraude de execução só se caracteriza mediante a criação ou agravamento da insolvência do devedor *já na pendência do processo*, sendo dispensável o conluio com o adquirente, ou, como se costuma dizer em relação à fraude contra credores, o *consilium fraudis*. É indispensável, porém, como em todas as hipóteses de fraude de execução, que o adquirente tenha ou deva ter conhecimento da pendência de um processo em face do alienante.¹

1. Mas repete-se: quando a fraude de execução se refere à coisa especificamente devida não se cogita da solvência ou insolvência do devedor porque sua situação patrimonial só é relevante quando se trata de obrigações em dinheiro (*infra*, nn. 1.820-1.821 e 1.833).

Em razão de sua gravidade ainda maior, a *disposição de bem já constrito* por penhora, apreensão ou depósito judicial não depende de haver criado ou agravado insolvência alguma e muito menos do intencional envolvimento do adquirente na fraude; simplesmente se mantém a constrição exercida sobre o bem apesar da alienação ou oneração praticada pelo executado, prosseguindo-se nas medidas executivas adequadas como se esse ato não existisse.

Resumindo: a) a fraude contra credores, que visa a lesar somente o credor, depende da *insolvência* e do *concerto fraudulento* com o adquirente, precisando ser previamente reconhecida em sentença proferida em *ação pauliana*; b) a fraude de execução em relação a obrigações de pagar dinheiro, que além da lesão ao credor é ultrajante à dignidade da Justiça, depende também da *insolvência* mas não da intenção fraudulenta do adquirente, devendo ser reconhecida já no processo ou fase executiva, sem necessidade de prévia sentença que a reconheça; c) a fraude de execução referente à obrigação de entregar uma coisa certa não depende da insolvência do obrigado, caracterizando-se mediante a simples disposição do bem (CPC, art. 792, inc. I); d) a disposição de bem constrito, que visa a lesar o credor e também constitui atrevida rebeldia a um ato judicial já realizado, independe da insolvência e da intenção do adquirente, não impedindo que a execução prossiga.

1.815. *ineficácia*

Eficácia é a capacidade de produzir resultados. Em direito é a capacidade de produzir resultados na esfera jurídica das pessoas, concedendo-lhes vantagens ou impondo-lhes desvantagens.² Quando realizam um negócio jurídico, que é ato regulador de seus próprios interesses, os sujeitos visam a produzir determinados resultados, que efetivamente se produzirão quando o ato for regular. *Válido* é o negócio jurídico realizado com observância dos requisitos substanciais e de forma postos pelo direito. Validez, ou validade, significa higidez, saúde; *invalidade* é vício, defeito que pode conduzir o ato a não produzir os efeitos desejados. Diz-se *nulo* o ato quando, por ser portador de um desses defeitos, a lei

2. É também o conjunto dos efeitos jurídicos de um ato (Liebman).

lhe subtrai a capacidade de produzir os resultados programados por seus autores.

Não se confundem, embora sejam intimamente relacionados, os conceitos de invalidade e de nulidade. *A nulidade é sempre a consequência de uma invalidade, ou seja, de um defeito intrínseco do ato; essa consequência é ditada pela lei a seu próprio critério, podendo haver atos portadores de algum vício, ou invalidade, que mesmo assim sejam aptos a produzir o resultado programado. Em direito processual não são nulos os atos realizados sem a estrita observância das prescrições legais quando houverem realizado seu objetivo (instrumentalidade das formas – CPC, art. 277 – supra, n. 843). Em direito privado é bom exemplo o contrato não assinado por uma das partes mas cumprido regularmente por ambas.*

A questão da validade ou invalidade do negócio jurídico diz respeito exclusivamente aos participantes e aos efeitos programados por eles. Uma escritura viciada não opera o efeito de transferir a propriedade de um a outro; um ato celebrado por incapaz não o vincula. Em princípio a validade do negócio jurídico depende do tríplice requisito do agente capaz, do objeto lícito e juridicamente possível e da forma obediente à lei (CC, art. 104). Mas o negócio jurídico pode ser válido, e portanto produzir entre as partes contratantes os efeitos programados por elas, e apesar disso não ser capaz de atingir a *esfera jurídica de terceiros* – ou seja, certos atos são válidos e portanto não são nulos, mas outras pessoas não poderão ser atingidas por seus efeitos. Foi em torno dessas ideias que se elaborou e prosperou de modo notável a teoria da *ineficácia dos negócios jurídicos*; o mais notório arquiteto das construções desenvolvidas em torno desse tema foi Emilio Betti e na doutrina brasileira, Bulhões Carvalho – a quem já se chamou *apóstolo da ineficácia*. O grande mérito desse pensamento consiste na cisão entre efeitos produzidos *inter partes* e efeitos a produzir *ultra partes*. A ineficácia de um ato é sempre imposta pela necessidade de preservar direitos de terceiros, que dele não participaram e por isso nem sempre será lícito impor-lhes os efeitos prejudiciais sobre os quais não foram previamente consultados e muito provavelmente não seriam de seu agrado e conveniência.

A distinção conceitual entre validade e eficácia não teria utilidade alguma enquanto se pensasse na capacidade do negócio jurídico a produzir efeitos perante os próprios agentes, porque um negócio viciado, e por isso nulo perante o direito, é inteiramente ineficaz em relação a toda e qualquer pessoa, inclusive os sujeitos que o realizaram. A teoria da ineficácia é no entanto extremamente útil quando se cuida de atos que podem vincular os agentes mas não atingem terceiros – sendo portanto válidos perante aqueles mas não ineficazes perante estes. Na realidade, a ineficácia nesse sentido é mera *ineficácia parcial*, ou *infraeficácia* (Bulhões Carvalho), vinculando os que houverem participado.

1.816. os atos fraudulentos não são nulos nem anuláveis

Projetada sobre o tema da responsabilidade patrimonial, a teoria da ineficácia conduz a reconhecer que o negócio fraudulento, mas sem defeitos internos (vícios da vontade, incapacidade do agente *etc.*), produz seus efeitos programados em relação ao devedor-alienante e ao terceiro-adquirente do bem, *sem produzir contudo o efeito de subtrair o bem à responsabilidade pelas obrigações daquele*. Os atos fraudulentos são apenas ineficazes perante o credor, sem serem nulos. As fraudes do devedor devem ser encaradas exclusivamente pelo prisma do empenho em *preservar o bem para a execução*, pouco importando ao credor que ele haja passado de um dono a outro, desde que continue à disposição para servir ao objetivo de satisfazer o crédito que tem perante o devedor-alienante.

A compra e venda feita em fraude de execução ou a credores opera eficazmente o efeito central desejado, de retirar o bem do patrimônio do devedor e passá-lo ao do terceiro adquirente; o ato não é nulo nem anulável em razão dessa fraude e quem comprou torna-se efetivamente dono. Não opera contudo o efeito secundário consistente em subtrair o bem à responsabilidade patrimonial pelas obrigações daquele que o vendeu, com a consequência prática de que o adquirente, *embora dono*, deve suportar a execução a ser realizada sobre ele.³

3. A exclusão do bem à responsabilidade patrimonial do devedor é um *efeito secundário* dos negócios jurídicos de alienação, não um *efeito programado*

Por isso o ato judicial que reconhece a fraude não retira ao negócio fraudulento a eficácia programada de transferir o domínio ou de constituir garantia real em favor de terceiro, quer se trate de disposição de bem já constricto, de fraude de execução ou mesmo de fraude contra credores; ao determinar a penhora do bem alienado porque a alienação foi fraudulenta, o juiz não deve desconstituir o ato ou anulá-lo. Mesmo a sentença que julga procedente a ação pauliana não tem mais que aquele efeito, sendo distorcidas as decisões que vão além, anulam o ato e ainda mandam cancelar o registro imobiliário. Como é notório, a anulação do negócio jurídico retira-o do mundo jurídico e o torna desprovido de todos os efeitos que as partes houverem programado, retornando elas e o bem ao *status quo ante* (CC, art. 182) – o que seria uma demasia em face do terceiro adquirente, o qual ficaria inteiramente privado do bem e talvez além do necessário à salvaguarda do direito do credor. Basta que o bem continue sob responsabilidade patrimonial, sem que esta se desfaça.

É pensar, inicialmente, no caso de haver *saldo na execução*, após satisfeito o credor: anulada a compra e venda fraudulenta, estaria o devedor, se houvesse efetivamente uma anulação, recolocado na posição de dono do bem; e, nessa qualidade, se saldo houver, a ele seria restituído e não ao adquirente, nos termos do art. 907 do Código de Processo Civil.

Uma segunda hipótese: “anulada” a venda mediante a ação pauliana e vindo o bem a ser penhorado, sobrevêm a *impugnação* ou os *embargos do devedor*, opostos por algum dos fundamentos de mérito admitidos em lei (art. 525, inc. VII, ou art. 917, inc. VI): sendo acolhidos os embargos ou a impugnação e proclamada, v.g., a prescrição ou o pagamento, a execução não mais prosseguirá, a penhora será levantada e o bem então, estando supostamente “anulada” a compra e venda pela sentença proferida na ação pauliana, será entregue ao devedor-alienante (como entregá-lo ao comprador, quando até no registro de imóveis já estaria cancelado o registro da aquisição?).

(Betti), porque a compra e venda não é instituída pelo direito nem é realizada pelas partes com essa declarada intenção mas somente com a de transferir o domínio. Efeitos secundários são consequências não programadas pelos agentes nem declaradas no ato que realizam, mas acrescentadas imperativamente pela lei sem qualquer consideração à vontade desses sujeitos (*supra*, n. 1.077).

A distinção conceitual entre validade e eficácia não teria utilidade alguma enquanto se pensasse na capacidade do negócio jurídico de produzir efeitos perante os próprios agentes, porque um negócio viciado, e por isso nulo perante o direito, é inteiramente ineficaz em relação a toda e qualquer pessoa, inclusive os sujeitos que o realizaram. A teoria da ineficácia é no entanto extremamente útil quando se cuida de atos que podem vincular os agentes mas não atingem terceiros – sendo portanto válidos perante aqueles mas ineficazes perante estes. Na realidade, a ineficácia nesse sentido é mera *ineficácia parcial*, ou *infraeficácia* (Bulhões Carvalho), porque se limita a preservar apenas quem não participou do ato, vinculando os que houverem participado.

1.816. os atos fraudulentos não são nulos nem anuláveis

Projetada sobre o tema da responsabilidade patrimonial, a teoria da ineficácia conduz a reconhecer que o negócio fraudulento, mas sem defeitos internos (vícios da vontade, incapacidade do agente *etc.*), produz seus efeitos programados em relação ao devedor-alienante e ao terceiro-adquirente do bem, *sem produzir contudo o efeito de subtrair o bem à responsabilidade pelas obrigações daquele*. Os atos fraudulentos são apenas ineficazes perante o credor, sem serem nulos. As fraudes do devedor devem ser encaradas exclusivamente pelo prisma do empenho em *preservar o bem para a execução*, pouco importando ao credor que ele haja passado de um dono a outro, desde que continue à disposição para servir ao objetivo de satisfazer o crédito que tem perante o devedor-alienante.

A compra e venda feita em fraude de execução ou a credores opera eficazmente o efeito central desejado, de retirar o bem do patrimônio do devedor e passá-lo ao do terceiro adquirente; o ato não é nulo nem anulável em razão dessa fraude e quem comprou torna-se efetivamente dono. Não opera contudo o efeito secundário consistente em subtrair o bem à responsabilidade patrimonial pelas obrigações daquele que o vendeu, com a consequência prática de que o adquirente, *embora dono*, deve suportar a execução a ser realizada sobre ele.³

3. A exclusão do bem à responsabilidade patrimonial do devedor é um *efeito secundário* dos negócios jurídicos de alienação, não um *efeito programado*

Por isso o ato judicial que reconhece a fraude não retira ao negócio fraudulento a eficácia programada de transferir o domínio ou de constituir garantia real em favor de terceiro, quer se trate de disposição de bem já constricto, de fraude de execução ou mesmo de fraude contra credores; ao determinar a penhora do bem alienado porque a alienação foi fraudulenta, o juiz não deve desconstituir o ato ou anulá-lo. Mesmo a sentença que julga procedente a ação pauliana não tem mais que aquele efeito, sendo distorcidas as decisões que vão além, anulam o ato e ainda mandam cancelar o registro imobiliário. Como é notório, a anulação do negócio jurídico retira-o do mundo jurídico e o torna desprovido de todos os efeitos que as partes houverem programado, retornando elas e o bem ao *status quo ante* (CC, art. 182) – o que seria uma demasia em face do terceiro adquirente, o qual ficaria inteiramente privado do bem e talvez além do necessário à salvaguarda do direito do credor. Basta que o bem continue sob responsabilidade patrimonial, sem que esta se desfaça.

É pensar, inicialmente, no caso de haver *saldo na execução*, após satisfeito o credor: anulada a compra e venda fraudulenta, estaria o devedor, se houvesse efetivamente uma anulação, recolocado na posição de dono do bem; e, nessa qualidade, se saldo houver, a ele seria restituído e não ao adquirente, nos termos do art. 907 do Código de Processo Civil.

Uma segunda hipótese: “anulada” a venda mediante a ação pauliana e vindo o bem a ser penhorado, sobrevêm a *impugnação* ou os *embargos do devedor*, opostos por algum dos fundamentos de mérito admitidos em lei (art. 525, inc. VII, ou art. 917, inc. VI): sendo acolhidos os embargos ou a impugnação e proclamada, v.g., a prescrição ou o pagamento, a execução não mais prosseguirá, a penhora será levantada e o bem então, estando supostamente “anulada” a compra e venda pela sentença proferida na ação pauliana, será entregue ao devedor-alienante (como entregá-lo ao comprador, quando até no registro de imóveis já estaria cancelado o registro da aquisição?).

(Betti), porque a compra e venda não é instituída pelo direito nem é realizada pelas partes com essa declarada intenção mas somente com a de transferir o domínio. Efeitos secundários são consequências não programadas pelos agentes nem declaradas no ato que realizam, mas acrescentadas imperativamente pela lei sem qualquer consideração à vontade desses sujeitos (*supra*, n. 1.077).

Outra hipótese incômoda é a do comprador que, para livrar da constrição judicial o bem adquirido ao devedor, pretendesse pagar a dívida exequenda com todos os acréscimos, *remindo a execução* (CPC, art. 826 – lei n. 6.830, de 22.9.80, art. 19): se o negócio estiver anulado e o registro imobiliário cancelado, isso irá beneficiar apenas o devedor malicioso.

Em qualquer das hipóteses imagináveis estar-se-ia impondo ao adquirente um sacrifício patrimonial superior ao necessário para reconstituir a garantia do credor. Ninguém desconsidere que o objetivo da disciplina jurídica da fraude a credores ou à execução é somente o de dar efetividade ao princípio de que *o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores* (CPC, art. 789) e que as medidas de repulsa às fraudes do devedor são remédios destinados a neutralizar atos que visem a esvaziar essa garantia,⁴ quem tiver os olhos postos no objetivo institucional desses remédios poderá sentir que a *anulação* teria efeitos desproporcionados e inadequados ao próprio mal a debelar. O instituto ficaria, nessa óptica, desviado de seu objetivo institucional em face desses desdobramentos possíveis e inteiramente afastados da razoabilidade que há de comandar toda interpretação jurídica. Assim é a superior lição de Liebman, ao colocar as consequências da fraude pauliana diante da premissa de que a “tendência geral do sistema é a da máxima conservação possível da eficácia”.

Pela *ineficácia* e com rejeição da equivocada tese da anulabilidade são também todas as modernas manifestações do Superior Tribunal de Justiça. “A decisão que declara a fraude de execução sujeita à penhora o bem alienado, sem atingir a transmissão da propriedade, cujo negócio jurídico é tão só *ineficaz* em relação ao credor” (STJ, *apud* Negrão *et alii*). “Na fraude de execução o ato não é nulo, inválido, mas sim *ineficaz* em relação ao credor” (*id.*, *ib.*).

Quanto à fraude a credores, compreende-se que o Código Civil de 1916 a tenha tratado pelo prisma da *anulabilidade* e não da *ineficácia* (arts. 106-113), porque ele foi elaborado antes que viessem à luz as doutrinas que esclareceram a real consequência das fraudes praticadas contra a responsabilidade patrimonial; a

4. Não a arrasar impiedosamente o adquirente (CPC, art. 805).

própria teoria da ineficácia dos negócios jurídicos ainda estaria por ser formulada e era natural que nem uma vez esse Código empregasse os adjetivos *eficaz* ou *ineficaz*, nem os substantivos *eficácia* ou *ineficácia*. Mas é surpreendente que o Código Civil de 2002, redigido muito depois de definitivamente instalada na doutrina e nos tribunais a ideia da ineficácia dos atos fraudulentos, ainda insista em falar em anulabilidade (arts. 158-165), ignorando por completo toda essa evolução. Dar cumprimento estrito ao que ele dispõe, anulando os negócios realizados em fraude contra credores e portanto devolvendo o bem ao devedor fraudulento, teria o sabor de uma repugnante inconstitucionalidade por transgressão à garantia da propriedade e à cláusula *due process* (Const., art. 5º, incs. XXII e LIV), porque estar-se-ia apenando o adquirente além do necessário para resguardar o direito do credor e, conforme o caso, premiando o devedor-alienante pelo ato fraudulento que praticou.

Anular o ato de alienação significa tolher-lhe o efeito de transferir a propriedade, devolvendo portanto o bem ao patrimônio do alienante fraudulento. Daí viriam as seguintes consequências desastrosas e insustentáveis perante a lógica, a ética e os princípios jurídicos: a) eventual saldo da execução pertenceria ao executado fraudulento e não ao adquirente; b) se forem acolhidos os embargos do executado e conseqüentemente extinta a execução, o bem permaneceria com o devedor-alienante e não com o adquirente; c) o adquirente não teria como livrar-se da penhora e da expropriação do bem, depositando o valor do crédito cobrado pelo exequente, porque o bem continuaria com o executado. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou expressamente nesse sentido (Min. Teori Zavascki). Sustentar a anulabilidade do ato fraudulento seria, como se vê, realizar um caricato exercício da *lógica do absurdo*.

1.817. ineficácia, anulação e o Código de Processo Civil

Mais surpreendente ainda é a postura do vigente Código de Processo Civil, elaborado quando ninguém mais na doutrina e nos tribunais fala em *anulabilidade* ou em *anulação* desses atos fraudulentos; manifesta ele, apesar disso, a crença de que os atos realizados em fraude contra credores sejam viciados por alguma

invalidade e comportem *anulação* pela via da ação pauliana. Ele manifesta esse indesculpável entendimento quando declara serem suscetíveis de penhora “os bens cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido *anulada* em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores” (art. 790, inc. VI – *supra*, nn. 1.810, 1.815 e 1.816 – *infra*, n. 1.913). O Código andou muito bem ao condicionar a responsabilidade dos bens alienados em fraude contra credores a um prévio reconhecimento em sentença (ação pauliana), só podendo ser penhorados depois de proferida esta. Cometeu porém o deslize consistente em falar em *anulação* do ato fraudulento e não na imposição de sua *ineficácia* (*supra*, nn. 1.815-1.816).

1.818. os atos fraudulentos e seu objeto

A lei não contém uma relação organizada dos atos que podem ser reputados inoponíveis ao credor (ou seja, irrelevantes perante ele) quando o privarem da coisa devida, ou produzirem ou agravarem a insolvência do devedor. Em parte, essa falha é consequência de a fraude de execução e a fraude contra credores estarem disciplinadas em estatutos deferentes – aquela, no Código de Processo Civil e esta, no Código Civil – embora ambas sejam institutos de natureza processual relacionados com a responsabilidade executiva. O direito positivo dá até a falsa impressão de que a fraude contra credores seja um instituto de direito privado, ligado à validade do negócio jurídico e convergente à anulação deste (o Código Civil fala em *anulação* – arts. 158-165).

Ao cuidar da *fraude de execução*, o Código de Processo Civil alude a duas espécies de atos, a saber: a *alienação* e a *oneração* (art. 792, *caput* e inc. IV). *Alienar* é transferir a titularidade do domínio ou de outros direitos sobre a coisa, especialmente a posse; é fazer de uma coisa própria, coisa alheia. *Aliena-se* vendendo, doando, dando em pagamento, cedendo direitos possessórios. *Onerar* é gravar com um *ônus* ou encargo, retirando o bem à responsabilidade patrimonial pelas obrigações de quem o *onera*, sem a transferência do domínio ou posse; assim são as garantias reais, que, instituindo direitos de preferência em favor do beneficiário,

têm como efeito esse resultado (*supra*, nn. 1.751 e 1.770 – *infra*, n. 1.824). A alienação de bens ou direitos com relevância para a disciplina jurídica da responsabilidade patrimonial referir-se-á à própria coisa *especificamente devida* ou aos bens em geral, integrantes do patrimônio ativo do obrigado. A alienação ou oneração da coisa devida é considerada fraude de execução (art. 792, inc. I) porque sem tê-la à disposição não seria possível a execução para entrega (arts. 806 ss.). A alienação ou oneração de bens em geral, quando produz ou agrava a *insolvência* do obrigado (art. 792, inc. IV), relaciona-se com as obrigações por dinheiro e é fator prejudicial à execução por quantia certa. No capítulo relativo à *fraude contra credores* o Código Civil alude à alienação de bens, gratuita ou onerosa, e também à *remissão de dívida* (arts. 158-159) e à oferta de *garantia real a outro credor* (art. 163) como atos que igualmente reduzem o patrimônio responsável do devedor, porque de algum modo afetam a possibilidade de incidência das constringências executivas sobre os bens.

A *remissão de dívida* pode produzir a redução patrimonial porque exclui da responsabilidade o crédito perdoado, que é um bem passível de penhora e expropriação (CPC, arts. 855 ss. – *supra*, n. 1.770); perdoar a dívida é deixar de ser credor e, portanto, impedir que o crédito perante terceiro possa ser penhorado pelas obrigações daquele que praticou o ato de liberalidade. Constituir garantia real em favor de determinado credor é impedir que outros credores se satisfaçam antes deste à custa do bem dado em garantia (*jus prælationis*).

1.819. aniquilação ou redução do patrimônio do obrigado

As relações de atos com potencialidade fraudulenta feitas no Código Civil e no Código de Processo Civil convergem a um gênero comum e mais amplo, que se define como *atos de aniquilação ou redução do patrimônio responsável*. Pode ser fraudulento, sempre que concorram os demais requisitos, todo e qualquer ato mediante o qual o devedor intente reduzir esse patrimônio, lesando credores. Mas não só a alienação de bens, sua oneração, a remissão de dívidas e a constituição de nova garantia podem ter essa potencialidade. Sempre que se estiver diante de um ato

capaz de reduzir o patrimônio, terá pertinência examiná-lo à luz dos demais requisitos para a caracterização de uma fraude do devedor, ainda quando não incluído em uma relação oficial cons-tante da lei.

A interpretação sistemática e cruzada das disposições contidas no Código de Processo Civil e no Código Civil, associada à interpretação teleológica dos dois estatutos, desaconselha vivamente que se elabore um rol taxativo de atos possivelmente lesivos para o fim de aferir a fraude a credores, e outra para a fraude de execução; os atos referidos no Código Civil poderão também ser havidos como fraudulentos à execução, apesar de não indicados no art. 792 do Código de Processo Civil. É também imperioso ir além do que está explícito nos Códigos, incluindo outros atos que de algum modo sejam causadores ou agravadores da insolvência do devedor. Todo ato de redução do patrimônio responsável pode ser caracterizado como fraude a credores ou à execução, desde que presentes os demais requisitos.

Conhece-se o curioso caso de uma pessoa que, pendente uma obrigação, contraiu *casamento em regime de comunhão universal de bens* (pacto antenupcial), 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.

1.820. insolvência: limites de sua relevância

A conceituação da insolvência e tomada de consciência dos diversos problemas que a envolvem são elementos de primeira grandeza na disciplina de duas das possíveis fraudes do devedor, a saber: a) na disciplina da fraude contra credores (CC, arts. 158-165) e (b) na disciplina na fraude de execução em caso de insuficiência patrimonial causadora da impossibilidade da satisfação de créditos de natureza pecuniária (CPC, art. 792, inc. IV).

A insolvência não tem relevância ou pertinência alguma em relação à fraude de execução consistente na alienação ou oneração da coisa litigiosa (art. 792, inc. I), uma vez que os direitos ali versados

não são suscetíveis de satisfação por meio de recursos pecuniários (dinheiro). E também não é levada em conta no trato da fraude consistente na alienação ou oneração do bem constricto por penhora, busca-e-apreensão *etc.*

1.821. insolvência: elementos conceituais e sistemáticos

Insolvência é *insuficiência patrimonial*. É o desequilíbrio econômico caracterizado por um patrimônio economicamente menos valioso que as dívidas do titular. Insolvente é quem deve mais do que tem. A insolvência é colocada como requisito de primeira grandeza na disciplina da repulsa à fraude a credores ou à execução, porque nela reside o mal que o devedor fraudulento procura causar ao credor; se o que garante a efetividade dos créditos é o patrimônio do devedor (CPC, art. 789 – *supra*, nn. 1.743 ss.), não haverá como executar frutiferamente quando esse patrimônio ficar tão desfalcado que já não suporte as dívidas do titular.

A execução contra o insolvente é um desastre para os credores porque implica sempre a diluição de seus créditos, quer se trate de devedor empresário (falência), quer civil (processo de insolvência civil – CPC-73, arts. 748 ss., ainda vigentes por força do art. 1.052 do CPC-15 – *infra*, nn. 2.186 ss.). A *moeda falimentar*, como resultado das operações matemáticas feitas em consideração do valor arrecadado e da soma dos créditos habilitados, é quase sempre infinitamente desvalorizada, o que constitui manifesto prejuízo para todos.⁵

O patrimônio levado em conta para medir a solvência ou insolvência quando se trata de responsabilidade executiva é o conjunto de todos os bens economicamente apreciáveis do obrigado, não excluídos da responsabilidade por motivo algum (impenhorabilidades *etc.* – *supra*, nn. 1.751 ss.); tanto é insolvente aquele que nada tem, ou pouco tem para responder por suas obrigações, como aquele que for dono de bens com valor acima dos débitos mas que por força de lei ou de algum ato particular estejam sub-

5. São para lá de raras as falências em que os credores recebem seus créditos integralmente.

traídos à execução forçada (os *bens de família*, aqueles oferecidos em garantia real *etc.* – *supra*, nn. 1.781, 1.782 *etc.*). Esse é o significado do art. 748 do Código de Processo Civil de 1973 (ainda vigente por disposição do estatuto de 2015), segundo o qual “*dados dos bens do devedor*” (leia-se: *bens responsáveis*).

A insolvência não se confunde com a *impontualidade*, que a Lei de Falências (art. 94, inc. I) leva em conta como critério para a declaração do estado falimentar do comerciante e consiste simplesmente na falta de pagamento de obrigações no vencimento, sem cogitar de seu estado patrimonial, se positivo, se negativo. Também não se confunde com *iliquidez*, um conceito puramente financeiro consistente na insuficiência de recursos financeiros (dinheiro, depósitos em conta-corrente ou em aplicação).

1.822. insolvência gerada ou agravada

As fraudes cuja caracterização a lei associa à insolvência do devedor conduzirão à ineficácia do ato tanto na hipótese de o devedor ser *solvente* antes da alienação ou oneração do bem, quanto em caso de antes ele já ser insolvente e o ato fraudulento haver agravado seu estado patrimonial. Quem devia *cem*, tendo um patrimônio valendo *mil*, não era inicialmente insolvente mas torna-se tal quando aliena tantos bens, que não lhe restem sequer os *cem* necessários para pagar o que devia; quem já devia *dois mil* e aliena os bens que valiam *mil*, já era insolvente antes e com a alienação feita tornou ainda mais grave a insolvência porque o saldo negativo será maior que antes. Mas quem tinha aqueles mesmos *mil* e aliena apenas *duzentos* ou *quinhentos*, sendo devedor de *cem*, não se torna insolvente; no exame da evolução patrimonial do devedor só se reputarão causadores ou agravadores de insolvência os atos cuja realização houver desequilibrado seu patrimônio, não sendo fraudulentos aqueles que, ao serem realizados, ainda deixaram ali o suficiente para responder pelas obrigações pendentes. Alienações feitas depois poderão ser fraudulentas mas essas, não. Ainda quando depois o credor vier a cair em estado de insolvência, as alienações realizadas sem desequilibrar serão

preservadas e os bens então alienados ficarão fora da responsabilidade pelas obrigações do devedor-alienante.

Para que um ato de alienação ou oneração se repute praticado em fraude contra credores ou à execução é portanto indispensável, como está em reiteradas manifestações dos tribunais, que ele próprio haja sido causa da *criação* ou *agravamento* da insolvência do devedor.

O caráter fraudulento aprecia-se em relação a cada ato e a cada crédito. Os titulares de créditos existentes antes do ato de geração ou agravamento da insolvência correm o risco de ficar prejudicados, porque esses atos de disposição patrimonial, desfalcando o patrimônio do devedor, frustram a garantia com a qual eles pudessem contar; mas os créditos que não existissem antes desses atos não correm tal risco porque o credor já deve ter conhecimento, desde o início, de que o patrimônio está desfalcado. A ineficácia dos atos fraudulentos só ocorre em relação aos créditos anteriores ao ato que houver gerado ou agravado a insolvência, jamais aos que lhe sejam posteriores. Por isso, para evitar injustiças ao credor, sem se chegar a exageros danosos ao adquirente, é indispensável fazer o exame do patrimônio antes e depois da constituição do crédito, sempre que se cogite de autorizar ou negar a execução sobre um bem alienado ou onerado.

1.823. ônus da prova e presunção de insolvência

A insolvência criada ou agravada mediante ato de disposição realizado pelo devedor é *fato constitutivo* do direito do credor à execução sobre o bem e, por isso, é do interesse deste o seu reconhecimento pelo juiz no momento de decidir sobre a ocorrência ou não ocorrência de uma fraude. Segundo as racionais regras de distribuição do ônus da prova, formuladas no Código de Processo Civil, tem o credor o encargo de realizar essa prova, com a consequência de ser repelida a alegação de fraude quando ele não o fizer (CPC, art. 373, inc. I – *supra*, n. 951). O adquirente do bem não tem o ônus de comprovar a *inexistência* do desequilíbrio patrimonial causado ou agravado pelo ato do qual participou, porque essa exigência seria contrária ao sistema probatório em geral e, especificamente, ao disposto no art. 373, inc. I, do Código de

Processo Civil (Nelson Hanada). Como resulta da *regra de julgamento* inerente à disciplina do ônus da prova, em caso de dúvida o juiz decidirá pela ausência da fraude e o bem alienado ou onerado pelo devedor ficará livre da responsabilidade executiva (*supra*, n. 960). “A prova da insolvência da devedora é indispensável para caracterizar a fraude de execução” e compete ao exequente para provar a insolvência ou algum fato do qual se possa extrair racionalmente a presunção da existência desse estado patrimonial negativo (Yussef Said Cahali). Significativas *præsumptiones legis* da insolvência são as que constam dos dois incisos do art. 750 do Código de Processo Civil de 1973 (ainda em vigor), as quais se aplicam, p.ex., quando o devedor, “intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora”, daí se inferindo razoavelmente que ele não os tem (CPC-15, art. 774, inc. V). Outra hipótese é a *notoriedade da insolvência*, que, como toda notoriedade, dispensa a prova do fato (CPC, art. 374, inc. I – *supra*, n. 943); o Código Civil faz expressa alusão a essa notoriedade quando trata de oferecer regras relativas à *fraude contra credores* (art. 159) mas a presunção decorrente da notoriedade é também relevante para presumir a insolvência nos casos de fraude de execução, dada a estreitíssima analogia entre os dois institutos. Presumida a insolvência, o ônus da prova se inverte e assim caberá ao devedor o encargo de provar o contrário, ou seja, caber-lhe-á provar que o desequilíbrio patrimonial inexistente – porque essa é uma presunção relativa, suscetível de ser desfeita mediante a prova contrária (*supra*, nn. 996 ss.).

1.824. fraude contra credores – o consilium fraudis

A fraude contra credores consiste na *realização de um ato de disposição de bem ou direito que produza ou agrave o estado de insolvência do devedor, na pendência de uma obrigação ainda insatisfeita*. Tratando-se de contrato oneroso, a ineficácia do ato fraudulento do credor depende do envolvimento do adquirente na fraude (*consilium fraudis*), o que não se exige em caso de atos de liberalidade. Os atos fraudulentos poderão consistir na venda

do bem, dação em pagamento, cessão de direitos possessórios, remissão de dívida, doação *etc.*, desde que tenham por resultado a insolvência (*supra*, nn. 1.820-1.821). 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 (*supra*, n. 1.616). Quanto a estas não tem cabimento a fraude contra credores, porque o reconhecimento dessa prática só pode beneficiar o credor que *já o fosse* no momento do ato (CC, art. 158, § 2º).

A lei dispensa o requisito do *consilium fraudis* nos atos gratuitos, ou seja, naqueles em que o terceiro recebe o bem ou o direito sem se obrigar a uma contraprestação em benefício do devedor (CC, art. 158), porque a restauração da responsabilidade pelas obrigações deste não trará prejuízo algum a quem nada despendera para receber o que lhe houver sido transmitido. Assim é nas doações ou nas remissões incondicionadas de dívida.

Quando o ato for *oneroso*, havendo o adquirente retirado algo de seu patrimônio em contraprestação pelo bem recebido, ele só será atingido pelo reconhecimento da fraude quando tiver *conhecimento do estado patrimonial do alienante* ou tiver razões para ter esse conhecimento em razão de certas circunstâncias que a lei ou o senso comum entendam suficientemente reveladoras. Àquele que investe em um negócio, despende de seu dinheiro e dá ao alienante a compensação financeira ajustada ordinariamente é lícito esperar pelas vantagens do negócio que fez, não sendo legítimo apená-lo com a ineficácia do ato e conseqüente sujeição do bem à execução pelas obrigações de outrem. Daí por que a lei exige expressamente a ocorrência de um conluio entre o devedor e o adquirente (*consilium fraudis*) para que a fraude do devedor seja motivo para a ineficácia do ato oneroso; nesse concerto de vontades expressa-se a bilateralidade fraudulenta por parte de quem alienou para livrar-se da responsabilidade (*pecunia volat*) e também daquele que adquiriu sabendo ou devendo saber que o patrimônio do alienante não estava bem. Para o adquirente a ineficácia

do ato só se legitima como sanção a sua intenção de fraudar ou ao menos a sua imprudência por não ter agido segundo os padrões de *diligência ordinária* (Sílvio Rodrigues); o comprador cauteloso e diligente sabe que existem muitos meios de controle e investigação mediante os quais pode inteirar-se da situação patrimonial do alienante, como a consulta a cartórios de protestos, distribuidores judiciais ou entidades de proteção ao crédito (Serasa *etc.*).

São indicativos do estado de insolvência, ou da iminência desse estado, a existência de protestos ou litígios judiciais de valor suficiente a abalar o patrimônio do devedor, a transmissão feita a parentes próximos, amigos íntimos ou dependentes, ou por preço muito inferior ao de mercado *etc.*

1.825. ação pauliana

O Código de Processo Civil inclui os bens alienados em fraude *contra credores* entre os bens responsáveis pelas obrigações do devedor, mas com a exigência de que essa fraude haja sido previamente reconhecida *em ação autônoma* (art. 790, inc. VI). Não permite que eles sejam desde logo penhorados, como faz de modo explícito no tocante à fraude de execução (art. 790, inc. V). Dessa nítida diferença de tratamentos resulta que, em um primeiro momento, o ato de fraude a credores tem sim a eficácia de subtrair o bem à possibilidade de execução forçada (apesar de fraudulento), só a perdendo quando sobrevier uma medida judicial que reconheça a fraude e assim abra caminho à efetivação da responsabilidade executiva sobre o bem. E essa medida é a sentença que julgar procedente a *ação pauliana*,⁶ expressamente contemplada pelo art. 161 do Código Civil. O efeito dessa sentença é, portanto, o de restabelecer a responsabilidade executiva sobre o bem que fora objeto da fraude contra credores. Diz-se *restabelecer* porque entre o momento da alienação ou oneração e o do advento dessa sentença o bem não responde e não será lícito penhorá-lo.

Trata-se pois de uma *sentença constitutiva*, não meramente declaratória. Antes dela não era permitido penhorar, porque a aliena-

6. *Actio pauliana*: remédio processual modelado por um certo pretor romano chamado *Paulus*.

ção ou oneração produzira o efeito de excluir a responsabilidade do bem e o Código de Processo Civil não permite que nessa situação ele seja penhorado; depois dela, e graças a seus efeitos, o bem passa a ser suscetível de penhora. Ela é, mais precisamente, uma sentença constitutiva-positiva, porque cria (restabelece) uma situação antes dela inexistente, que é a responsabilidade executiva do bem alienado em fraude ao direito do autor da ação pauliana.

Resumidamente, a situação dos bens alienados em fraude contra credores evolui dessa maneira: a) antes da alienação eles respondem ordinariamente pelas obrigações do proprietário (CPC, art. 789); b) quando alienados, eles são *ipso facto* excluídos dessa responsabilidade, não podendo pois ser penhorados; c) só voltarão a responder por aquelas obrigações quando eventualmente vier a ser julgada procedente a *ação autônoma* promovida pelo credor (CPC, art. 790, inc. VI), que é a *ação pauliana*.

Só têm direito à reconstituição da responsabilidade executiva pela via da ação pauliana os credores que já o fossem quando realizado o ato apontado fraudulento (CC, art. 161 c/c art. art. 158, § 2º); os credores que se tornaram tais depois do ato já realizado terão encontrado o patrimônio do devedor no estado a que fora conduzido pelo ato fraudulento, não tendo portanto sido vítimas da fraude (*supra*, n. 1.824). Por outro lado, o resultado obtido pelo credor que promoveu a *actio pauliana* só a ele aproveita e não aos demais (mesmo aos que já o fossem no momento de realização do ato), simplesmente porque essa sentença não *anula* o ato, limitando-se a impor sua ineficácia perante o autor (*supra*, n. 1.816). Não anulado, o ato mantém todos seus efeitos, *menos o de prejudicar o credor* – e quem pede a exclusão desse efeito pede-o para si, não tendo sequer legitimidade e muito menos interesse processual para pedi-lo em benefício da comunidade dos credores. A lei até poderia discricionariamente atribuir eficácia extensiva às sentenças proferidas em ação pauliana, para que favorecessem todos os credores *que já o eram* mas, não o havendo feito, prevalecem as regras ordinárias do processo civil e a eficácia se circunscreve ao credor que houver sido autor dessa ação – ou, em outras palavras, não havendo lei alguma instituído uma legitimidade extraordi-

nária de qualquer credor para a defesa judicial dos interesses de todos eles, prevalece a regra comum da legitimidade individual (CPC, art. 18).

Isso não significa que os credores posteriores ou aqueles que não propuseram a ação pauliana fiquem ao total desamparo do sistema jurídico. Se nada lhes sobrar para a penhora resta-lhes promover a falência do devedor ou sua insolvência civil (CPC-73, arts. 748 ss.), com o que atrairão todo o patrimônio deste a uma dessas execuções universais e coletivas (*infra*, n. 2.186).

A legitimidade passiva é exclusiva do adquirente do bem, cuja esfera de direitos poderá resultar desfalcada se a demanda do credor vier a ser julgada procedente e, conseqüentemente, o bem adquirido puder ser submetido à penhora. O art. 161 do Código Civil insinua a legitimidade conjunta do devedor, ou mesmo um *litisconsórcio necessário* com o adquirente, mas isso não tem razão de ser porque em nada ficará afetado seu patrimônio se a ação pauliana for julgada procedente e o bem puder ser penhorado; é rigorosamente indiferente para sua esfera de direitos que esse resultado seja obtido ou não, porque em hipótese alguma o negócio será *anulado* (*supra*, n. 1.816). Mas atenção: há importantes decisões judiciais dando o devedor-alienante como legitimado e até impondo-o em *litisconsórcio passivo necessário* com o adquirente — o que é feito a partir da aparência criada por aquele texto legal e da falsa ideia de que a procedência da ação pauliana importasse anulação do negócio jurídico.

A legitimidade passiva do devedor e o *litisconsórcio necessário* entre ele e o adquirente só poderiam ser sustentados por quem continuasse pensando que as fraudes do devedor produzem a anulabilidade do ato e que o resultado da ação pauliana seja uma anulação — porque nesse caso não seria possível *anular* o ato sem a presença de todos que nele houvessem participado (*litisconsórcio necessário-unitário* — *supra*, n. 666). Mas sequer o art. 161 do Código Civil é claro na suposta exigência desse *litisconsórcio*, porque em sua redação os três possíveis legitimados passivos (devedor, adquirente, terceiros) são interligados pela conjunção disjuntiva *ou*; e não pela aproximativa *e*. Nem mesmo a interpretação meramente exegética, portanto, de pobre valia hermenêutica, constitui lastro suficiente

para essa superada tese que infelizmente o vigente Código Civil veio a reavivar.

Discute-se se a ação pauliana pode ser proposta antes que a obrigação se torne *exigível*, ou seja, se há ou não interesse de agir desde quando a fraude é praticada e mesmo antes que a obrigação se vença ou se implemente eventual condição *etc.* (*supra*, n. 1.616). Tem prevalecido a resposta negativa, ou seja, os tribunais vêm entendendo que antes da exigibilidade não há interesse na ação pauliana, embora os resultados desta possam colher os atos praticados naquele interregno. Trata-se realmente de duas questões distintas, porque (a) ter interesse-necessidade à *actio pauliana* significa que se está diante de uma situação em que, se não dispuser da tutela jurisdicional que ela é apta a trazer, o credor acabará privado do bem a penhorar, enquanto (b) ter ou não direito à reconstituição da responsabilidade do bem alienado é o mérito da ação pauliana, nada impedindo (c) que, embora proposta depois do vencimento, nela se levem em conta as fraudes perpetradas antes. Essa solução deve porém ser acompanhada da *não fluência do prazo prescricional* antes que o crédito se torne exigível, porque o contrário implicaria cínica transgressão à garantia constitucional de acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV – *supra*, n. 133): como se legitimaria impedir o credor de defender seu direito em juízo e depois dizer-lhe que não pode mais tutelá-lo porque está prescrito? Mas não há firmeza jurisprudencial sobre esses pontos.

1.826. fraude de execução – hipóteses e caracterização
– *duas vertentes distintas (CPC, art. 792, incs. I e IV)*

A fraude de execução consiste na realização de um ato de disposição ou oneração de coisa ou direito *depois de instaurado um processo* cujo resultado poderá ser impossível ou particularmente difícil quando não se puder lançar mão desse bem. Essa fraude ocorre em duas situações bem distintas entre si, consistentes em: a) alienar ou gravar com ônus real o próprio bem sobre o qual “pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória” (CPC, art. 792, inc. I); b) dispor de bens ou créditos, reduzindo-se à insolvência, também a partir da pendência de um

processo (art. 792, inc. IV). Na primeira hipótese o obrigado fraudador visa a evitar medidas judiciais futuras mas previsíveis, que deverão incidir especificamente sobre a coisa litigiosa (*execução específica* para entrega de coisa certa); na segunda, busca aniquilar ou reduzir a tal ponto seu patrimônio, que ali não restem bens suficientes para a satisfação de uma obrigação por dinheiro (*execução por quantia certa*).

Já por esse aspecto a fraude de execução tem um âmbito maior que o da fraude contra credores, que se situa exclusivamente no campo da proteção aos créditos *pecuniários* (*supra*, n. 1.824). O instituto da fraude de execução é peculiaridade do direito brasileiro, não se conhecendo similar em outros países.

Na vertente da proteção aos créditos pecuniários (art. 792, inc. IV) a fraude de execução tem em comum com a fraude contra credores (a) o objetivo, visado pelo devedor, de *afastar a responsabilidade executiva* incidente sobre seu patrimônio, (b) a *ineficácia* do ato fraudulento e (c) a *insolvência* como requisito para que se configure (art. 792, inc. IV). A grande diferença está na indispensável *pendência de um processo*, como requisito sem o qual não há fraude de execução em nenhuma de suas modalidades (art. 792).

Uma só conduta pode enquadrar-se simultaneamente em ambas as figuras fraudulentas – o que acontece quando, na pendency de um processo, o devedor aliena bens ou direitos em conluio com o adquirente, com o objetivo de reduzir-se à insolvência. Se o processo ainda não existisse, esse ato seria somente fraude contra credores. Se pendesse mas inexistisse a intenção fraudulenta do adquirente, seria apenas uma fraude de execução. Mas, se concorrem o *consilium fraudis* e a litispendência, eis o duplo enquadramento; naturalmente, é sempre indispensável que o ato haja reduzido o devedor à insolvência ou produzido o agravamento desta. Em casos assim, o princípio da absorção manda que se imponham as regras mais enérgicas e mais objetivas referentes à fraude de execução, desprezando-se as da *fraus pauliana*.

1.827. fraude de execução: processo instaurado

O processo cuja instauração deve ser anterior ao ato de disposição não precisa ser necessariamente *executivo*, ou processo em

fase de *cumprimento de sentença*; e muito menos se exige que já esteja consumada a penhora ou qualquer outra espécie de constrição sobre o bem, porque então já se configuraria uma fraude ainda mais grave, que é a disposição do bem constricto (*infra*, n. 1.836). Ainda quando se trate de um processo ou fase de conhecimento, o ato de disposição revela o incivilizado e desleal intuito de impedir, dificultar ou retardar o exercício eficiente da jurisdição, tanto quanto pode suceder quando pende o processo executivo ou a fase de cumprimento de sentença – e daí o trato mais severo que a fraude de execução recebe, em relação à fraude contra credores.

Também não só a instauração de um processo *civil* cria condições para que um dos atos indicados nos incisos do art. 792 do Código de Processo Civil se qualifique como fraude de execução: como a sentença penal condenatória tem o efeito secundário de tornar certa a obrigação resultante do crime e é incluída entre os títulos executivos civis (CP, art. 91, inc. I – CPC, art. 515, inc. VI – *supra*, n. 1.677), um ato de disposição realizado depois de instaurado o processo crime também é, em princípio, apto a frustrar uma futura execução, qualificando-se por isso como fraude a esta. O mesmo pode dar-se quanto ao *processo arbitral*, dado que os objetivos deste são em grande parte coincidentes com o da jurisdição estatal, sendo crescente a tendência a incluí-lo entre os processos jurisdicionais (CPC, art. 515, inc. VII). Mas, como a arbitragem não é regida pelo predicado da *publicidade*, caso a caso é indispensável verificar se o adquirente tinha ou devia ter conhecimento de sua pendência (*infra*, n. 1.831).

Conceitualmente *processo pendente* é o que já se iniciou e ainda não se extinguiu. Esse é o conceito elementar de *litispendência* (*supra*, n. 467),⁷ que em parte se aplica à disciplina legal da fraude de execução; diz-se *em parte* porque os limites temporais para a configurabilidade desta associam-se à litispendência mas

7. Litispendência é a existência de um processo vivo, ou seja, processo que já existe e ainda existe (*schon und noch*, na expressiva linguagem alemã). Mesmo o processo em estado de suspensão é processo pendente (embora em estado latente – *supra*, n. 866).

nem sempre coincidem rigorosamente com os limites temporais da duração desta.

Essa fraude não tem absolutamente como se caracterizar antes que um processo haja sido instaurado (formado) mas não é exato dizer que a simples formação do processo pela propositura da demanda já crie sempre, por si mesma, o clima propício à fraude executiva. Em princípio, reputa-se momento inicial do processo, para o fim de caracterização da fraude executiva, aquele em que é feita a *citação do demandado* e não aquele em que o processo tem início (propositura da demanda – *supra*, n. 469); só então o demandado fica ciente da demanda proposta, não sendo razoável nem legítimo afirmar a ocorrência de uma fraude perpetrada por quem ainda não tenha conhecimento da litispendência instaurada (poderá sim, eventualmente, ocorrer a fraude contra credores). Mas essa razão cessa quando por algum modo o demandado já tiver conhecimento da pendência do processo, antes de ser citado; essa é uma questão de fato a ser apreciada caso a caso à luz do quadro probatório ou com fundamento na presunção estabelecida no art. 792, inc. II, do Código de Processo Civil, sendo legítimo considerar até mais maliciosa a conduta daquele que se furta à citação com o objetivo de desfazer-se de bens ou onerá-los, antes que esta se consume.

Tratando-se de imóvel não há fraude de execução quando o ato *negocial* referente a ele (compra e venda, constituição de hipoteca *etc.*) houver sido realizado antes da citação ou ciência inequívoca, não importando se o registro imobiliário foi feito antes ou depois – porque é no negócio e não no registro que reside a intenção maliciosa de desfazer-se do bem ou de onerá-lo em fraude de execução. Mas a jurisprudência vacila quanto a esse ponto, inclusive no seio do próprio Superior Tribunal de Justiça (*Negrão et alii*).

1.828. na pendência da fase de cumprimento de sentença

No vigente sistema de execução por título judicial mediante a técnica do *cumprimento de sentença*, que constitui a segunda fase de um processo e não processo novo e autônomo (*supra*, nn. 1.522 ss.), está em grande parte superada a questão referente às

alienações ou onerações fraudulentas realizadas depois que terminam os atos de conhecimento (sentença de mérito passada em julgado) e antes que principiarem os executivos. Nesse sistema não há um *intervalo* entre dois processos e, portanto, a litispendência começa quando se instaura a fase de conhecimento e só terá fim quando a de execução terminar. Mesmo ao tempo em que se realizavam dois processos, havendo sempre entre eles algum intervalo temporal, seria absurdo reputar ineficazes os atos realizados na pendência do primeiro deles (conhecimento) ou do segundo (executivo) mas excluir essa ineficácia, e portanto negar a responsabilidade do bem, quando os atos fossem realizados durante tal intervalo.

Tal problema ainda subsiste quando houver um título judicial formado em outro processo distinto do processo civil realizado no país e comandado por juiz estatal, ou seja, quando o título judicial consistir em uma sentença penal condenatória, sentença estrangeira homologada ou laudo arbitral. Nesses casos, em que é visivelmente inconcebível a instauração de uma nova fase no processo onde o título foi formado (fase de cumprimento de sentença – *supra*, nn. 1.564 ss.), haverá sempre um *intervalo* e seria incoerente afirmar a existência de uma fraude de execução quando o bem é alienado ou gravado enquanto se discute sobre a existência ou inexistência do direito mas negá-la quando os atos de disposição se realizam depois que uma decisão já houver reconhecido tal direito – com a consequência de estarem superadas todas as possíveis dúvidas quanto ao dever de satisfazer o crédito ou entregar a coisa (*infra*, n. 1.857).

1.829. em caso de desconsideração da personalidade jurídica

Dispõe o Código de Processo Civil que “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar” (art. 792, § 3º). Instaurado o incidente de desconsideração no curso de um processo já pendente, o suposto responsável será citado (a sociedade), considerando-se que somente a partir

de então poderá configurar-se alguma fraude de execução por ele eventualmente praticada – e não da instauração do processo por ele e participação do terceiro. Diferente será a situação quando a desconsideração da personalidade jurídica houver sido requerida na petição inicial, sendo então o terceiro citado logo de início (art. 134, § 2º), dispensando-se o incidente e considerando-se fraudulentas eventuais alienações ou onerações por ele cometidas a partir desse momento (art. 792, § 3º).

Dispõe também o Código de Processo Civil que “acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente” (art. 137). Esse dispositivo refere-se à alienação ou oneração realizada pelo terceiro a quem, mediante o incidente de desconsideração, haja sido estendida a responsabilidade pela dívida versada no processo.

1.830. fraude de execução e alienação

ou oneração de bem constrito:

conhecimento pelo terceiro, prova e presunção

Os incs. II e III do art. 792 do Código de Processo Civil, ali inseridos com a aparência de instituírem hipóteses autônomas de fraude de execução, na realidade não passam de meros portadores de regras sobre a *prova e presunção* da pendência de um processo ou da existência de uma constrição judicial sobre o bem. Aqueles dois incisos colocam a *averbação* de pendências judiciais com a aparência de que, averbado o ato, não seriam necessários os requisitos constantes dos incs. I e IV – e também, talvez, de que, não feita a averbação, jamais haveria uma fraude do devedor.

O inc. II, que fala da averbação da “pendência do processo de execução”, está claramente atrelado ao disposto no inc. I, o qual também fala, ele próprio, na pendência de um processo “*averbada no respectivo registro público, se houver*”. O que do inc. II se extrai é, portanto, somente a existência de uma *presunção de conhecimento* da litispendência pelo terceiro a partir do momento em que a averbação houver sido feita, e não de um requisito sem o

qual a fraude de execução não se configure. Estando feita a averbação, o conhecimento pelo adquirente se presume mas isso não significa que, não feita ela, se exclua de modo absoluto a fraude de execução. Não é lícito sustentar que o sistema de cuidados para não exacerbar as sanções por essa fraude chegue ao ponto de desconhecer as realidades fáticas que a prova poderá produzir. Incluir a averbação como requisito para a configuração dessa fraude, sem permitir que o conhecimento pelo adquirente seja *provado* em cada caso concreto, seria esvaziar o próprio instituto da fraude de execução, a dano da efetividade da tutela jurisdicional que o sistema constitucional assegura.

O inc. II do art. 792 do Código de Processo Civil comete ainda o deslize consistente em falar na “pendência do *processo de execução*”, como se a pendência de processos de outra natureza não bastasse para a configuração da fraude de execução. Melhor é o inc. I, que fala somente em *pendência do processo*, sem aquela impertinente especificação.

Do mesmo modo o inc. III do art. 792 dispõe sobre a averbação de “hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude”;⁸ e passa com isso o engano consistente na ideia de que a preexistência de um ato constitutivo sobre o bem só possa caracterizar uma fraude do devedor *quando averbada*. Tanto quanto se dá com o disposto no inc. II, a averbação gera somente uma *presunção de conhecimento*, sem se excluir que, quando não averbado o ato constitutivo, tenha o credor a possibilidade de provar, pelas vias instrutórias ordinárias, o concreto conhecimento desse ato pelo adquirente – e essa presunção será *absoluta*, por expressa determinação do art. 844 do Código de Processo Civil.

Provavelmente os incs. II e III do art. 792 foram inspirados na Súmula n. 375 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Esse enunciado peca por dar a aparência de que a existência

8. Por que *outro* ato de constrição judicial? A hipoteca judiciária seria um ato de constrição?

de uma penhora constituísse requisito para a fraude de execução – quando, segundo o entendimento de todos, essa preexistência não é exigida e sequer a pendência processual a ser considerada será somente a executiva, mas também a cognitiva, monitória etc. Parece haver uma confusão entre o instituto da fraude de execução e o da alienação do bem penhorado, que dela difere porque será ineficaz independente do requisito da insolvência do executado (*infra*, n. 1.836). A Súmula n. 375 tem porém o mérito de abrir portas à produção de prova pelo credor, sem a exigência de um registro, ou averbação.

1.831. a posição do adquirente

Em princípio só podem considerar-se ineficazes os atos de disposição ou oneração de bens em fraude de execução se o adquirente tiver conhecimento da existência do processo ou houver razões para que não pudesse ignorá-la. Como é ele quem irá suportar diretamente os inconvenientes dessa ineficácia, não se admite que esta se imponha quando estiver absolutamente inocente, não sabendo e não tendo razoavelmente como saber da litispendência. Os tribunais mostram-se bastante compreensivos em face do adquirente de absoluta boa-fé, inclusive quando se trata de ineficácia de atos referentes a bens já penhorados – sendo *a fortiori* imperiosa a extensão dessa linha de pensamento aos casos de fraude pela simples pendência do processo, cuja gravidade é muito grande mas não tão enorme quanto a dos atos realizados naquela situação (*infra*, n. 1.836).

Da parte do adquirente é portanto necessário (a) que tenha efetivo conhecimento da propositura da demanda, quer o demandado já haja sido citado, quer não, ou (b) que esse conhecimento seja presumido de algum ato de publicidade como a averbação da demanda ou da penhora nas repartições registrarias competentes (CPC, arts. 792, incs. II-III e 844 – *infra*, n. 1.947), farta divulgação pela imprensa etc., ou (c) que ele tenha deixado de comportar-se com a diligência ordinária do homem comum, não realizando as costumeiras pesquisas em cartórios de protestos, distribuidores judiciais etc. (art. 792, § 2º). Essas situações comportam exame caso a caso, não sendo lícito presumir o conhecimento sem a ocorrência de algum desses fatos reveladores, segundo a experiência dos juízes (máximas de experiência – CPC, art. 375).

Essa é uma *opção política* da ordem processual, que prefere sacrificar o credor e não o adquirente quando o comportamento deste houver sido razoavelmente regular. Poderia ser diferente, castigando-se o adquirente sempre, para que nunca a tutela jurisdicional fosse negada ao credor, mas tal solução mais drástica dependeria de lei expressa e muito clara, que não existe nem convém que venha a existir; prefere-se prestigiar a eficácia integral dos negócios jurídicos sempre que não se veja uma situação suficientemente clara, a justificar o sacrifício do beneficiário do ato fraudulento do obrigado. Esse sacrifício, embora legítimo em certos casos, é uma medida extraordinária, a ser imposta apenas em casos suficientemente claros.

Falar do conhecimento da litispendência pelo adquirente ou por aquele que recebe o bem em garantia real como requisito para a configuração da fraude à execução não significa incluir o *consilium fraudis* como pressuposto desta. Tem-se esse conluio malicioso, para os fins da *fraude contra credores*, quando o beneficiário do ato quer também, ou se presume que queira, em conjunto com o devedor-alienante, produzir especificamente o estado patrimonial de insolvência deste (ou agravá-lo). Também para a fraude de execução a insolvência se exige mas não se exige que o adquirente tenha a vontade ou mesmo a consciência de estar concorrendo para gerá-la ou para agravá-la (*supra*, nn. 1.820-1.821 e 1.823); exige-se somente que tenha ou deva ter conhecimento *do processo*.

1.832. *alienações sucessivas*

Os tribunais são também particularmente cautelosos em relação às consequências a serem suportadas por terceiro que recebe o bem de quem o recebera do devedor fraudulento. Com essas ou com outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça vem dizendo frequentemente que é necessário “amparar aquele que, não tendo adquirido o bem do devedor, não agiu de má-fé” (*apud* Negrão *et alii*). A boa-fé do adquirente sucessivo deve realmente ser resguardada, tanto quanto a de quem adquire diretamente do próprio devedor, mas isso não implica fechar portas à demonstração de que ele tenha atuado sem ela, o que será feito caso a caso.

O adquirente sucessivo também tem necessidade de tomar todas as cautelas razoáveis antes de fazer o negócio, em busca de se esclarecer sobre a situação do bem, quando já penhorado, ou sobre a possível pendência de um processo ao tempo em que este foi alienado a quem lhe faz a transmissão. Quanto mais distante o atual proprietário estiver do devedor, ou seja, quanto mais longa for a cadeia das alienações sucessivamente feitas, mais se diluirão as razões para tanta busca e tantos cuidados, sendo por isso mais difícil reconhecer sua má-fé ou inescusável incúria; mas, se a penhora estiver registrada na matrícula imobiliária, a presunção geral de conhecimento acompanhará o bem ao longo de todas ou quantas alienações vierem a ser feitas.

Também não se pode liberalizar demais, porque o espírito fraudulento é até maior quando verdadeiras quadrilhas tomam o cuidado de realizar sucessivas alienações com o objetivo de diluir os riscos daquele a quem afinal o bem é transferido. A experiência na vida forense mostra que manobras como essas não são muito raras.

1.833. fraude de execução:

alienação ou oneração da coisa litigiosa **(CPC, art. 792, inc. I – supra, n. 1.808)**

Quem adquire ou recebe em garantia um bem na pendência de processo no qual se discute um direito sobre ele está a receber uma *coisa litigiosa*, com as naturais consequências do estado de litigiosidade que a envolve. A ineficácia desse negócio é aplicação prática da regra segundo a qual o adquirente de uma coisa litigiosa (CPC, art. 240) é sucessor da parte que lhe houver feito a alienação, sujeitando-se por isso a essas consequências; ainda quando o ato de disposição ou oneração preencha todos os requisitos internos de validade, prevalecendo portanto *inter partes*, sua realização não é oponível ao credor (adversário do alienante), perante o qual não tem a eficácia de cancelar as expectativas ou eventuais direitos incidentes sobre o bem (*supra*, nn. 491 e 1.808). Essa inoponibilidade impõe-se com redobrada legitimidade quando a fase de conhecimento já estiver extinta e por sentença houver sido

reconhecido o direito do autor a receber a coisa em relação à qual o ato fraudulento houver sido praticado (*supra*, n. 1.831).

A ineficácia nos casos previstos no inc. I do art. 792 do Código de Processo Civil, porque se refere de modo específico à coisa litigiosa e não ao patrimônio em geral, é absolutamente independente de qualquer consideração sobre o equilíbrio ou desequilíbrio patrimonial do alienante, ou seja, sobre sua condição de *solvente* ou *insolvente*; esse requisito só tem razão de ser quando se trata de preservar bens inespecíficos para que, em razão do valor econômico que tenham, mediante sua alienação em leilão judicial se possa obter o dinheiro *devido* ao credor (CPC, art. 789). As condutas enquadráveis no inc. I do art. 792 são fraudatórias de uma *execução para entrega de coisa certa*, não por quantia certa.

1.834. ainda a litigiosidade:

pretensões fundadas em direito real ou pessoal

Ao falar em “ação fundada em direito real *ou com pretensão reipersecutória*”, o inc. I do art. 792 do Código de Processo Civil oferece uma abertura maior que a oferecida pela legislação anterior, na qual só se tratava de fraude relacionada com a coisa litigiosa quando fosse esta objeto de uma pretensão fundada em *direito real* (CPC-73, art. 593, inc. I). As chamadas *ações reipersecutórias* são pretensões fundadas em direito pessoal e não real, como as de natureza possessória, inclusive quando fundadas em comodato, locação *etc.* Do mesmo modo como as demandas fundadas em direito real, elas buscam um bem específico e não a pecúnia – de modo que, proposta uma demanda em relação a esse bem, este se torna *coisa litigiosa* para todos os efeitos, inclusive para o de caracterizar a fraude de execução quando presentes todos os requisitos legais.

São atos potencialmente lesivos a um direito pessoal a cessão da posse por instrumento escrito, a cessão informal e mesmo o deliberado abandono do bem, ou qualquer outro mediante o qual o litigante disponha deste. Quem a receber não poderá opor ao vencedor da causa o direito pessoal que eventualmente haja adquirido.

**1.835. fraude à execução por quantia certa
(CPC, art. 792, inc. IV)**

O art. 792, inc. IV, do Código de Processo Civil trata da fraude praticada em detrimento de direitos de crédito em dinheiro, que são suscetíveis de execução por quantia certa (arts. 523 ss. e 824 ss.); em termos práticos, essa fraude visa a embaraçar a realização da *penhora* do bem ou sua alienação mediante adjudicação ao credor ou em leilão judicial, que são atos inerentes a essa modalidade executiva (*infra*, n. 1.911 *etc.*). Consiste portanto na prática de atos potencialmente capazes de reduzir o acervo de bens economicamente apreciáveis, que constitui o patrimônio responsável do devedor (conjunto de bens penhoráveis – CPC, art. 789), gerando ou agravando um estado de insolvência (*supra*, nn. 1.749 ss. e 1.818-1.822). Não importa a natureza do ato realizado nem a de seu objeto, desde que aquele tenha essa potencialidade lesiva e este esteja incluído entre os que respondem; incluem-se na disposição do inc. IV do art. 792 do Código de Processo Civil a venda do bem responsável, sua doação, a dação em pagamento, a constituição de garantia real sobre ele, a remissão de dívida *etc.* (*supra*, n. 1.818).

Como em toda fraude de execução, para que se caracterize esta que visa a prejudicar créditos em dinheiro é indispensável que a disposição de bens se faça quando já houver sido instaurado e esteja pendente um processo; é também necessário que ela produza ou agrave a insuficiência do patrimônio penhorável do obrigado, tendo o adquirente conhecimento da litispendência mas não precisando necessariamente estar a par do estado patrimonial de quem lhe passa o bem (*supra*, nn. 1.827 e 1.831).

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; esse é um aspecto da severidade maior que a lei dedica a essa modalidade fraudulenta, em relação ao tratamento dado à fraude contra credores (*ação pauliana* – *supra*, n. 1.825).

Mitigando os rigores com que a fraude de execução é praticada, dispõe o art. 792, § 4º, do Código de Processo Civil que “antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de quinze dias”. Tal *intimação*, que não exerce a função de uma *citação*, visa somente a levar ao adquirente a ciência de que o bem adquirido está na iminência de ser penhorado, o que está em harmonia com o disposto nos arts. 9º e 10º do próprio Código mas não abre portas a uma instrução ou a algum incidente inicial do processo de execução ou da fase de cumprimento de sentença. Tem somente o objetivo de alertar o terceiro e conscientizá-lo de que dispõe da via dos embargos de terceiro para a defesa de seu patrimônio (arts. 674 ss. – *infra*, nn. 2.119 ss.).

1.836. alienação do bem constrito (penhorado, arrestado, apreendido etc.)

O direito positivo brasileiro sempre foi omissivo quanto à mais grave de todas as infrações fraudulentas, que é a alienação do bem já constrito por medidas judiciais como a *penhora*, nas execuções por quantia certa, a apreensão de móvel ou o depósito do imóvel nas execuções para entrega de coisa *etc.*; e a doutrina, influenciada pelo próprio Código então vigente, não se apercebia da existência dessa modalidade fraudulenta e a tratava no contexto da fraude de execução, sem levar em conta os relevantes pontos de divergência entre esses dois institutos. Foi só com a vigência do estatuto de 2015 que se instituiu uma abertura legislativa para o reconhecimento dessa modalidade autônoma de fraude do devedor – o que se vê no inc. III de seu art. 792, portador de uma presunção de conhecimento a cargo do adquirente em caso de já estar previamente “averbada, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude”. Ao falar sobre a averbação de *atos de constrição judicial*, não está o Código dispondo sobre a fraude de execução, para cuja concreta configuração nenhum ato de constrição é exigido – e nem mesmo a pendência de um processo ou fase *de execução* (*supra*, n. 1.814). Está claramente apontando a essa fraude mais grave, consistente em arrebatado o bem das mãos

dos agentes do Poder Judiciário independentemente da configuração ou não configuração da *insolvência* do devedor. Um ato fraudulento reprimido sem a presença desse requisito está longe de enquadrar-se no conceito de *fraude de execução*, conforme é tal fraude regida pelo direito positivo brasileiro. O gênero maior em que está contida a alienação ou oneração de bens constritos é o das *fraudes do devedor*, no qual também se contém a fraude de execução e a fraude contra credores (*supra*, n. 1.814).

Dispor do bem ou onerá-lo quando já está judicialmente constrito é resistir injustificadamente à autoridade do juiz, já concretamente exercida sobre aquele – o que é mais grave do que fazê-lo antes da aplicação dessas medidas constritivas, ou seja, enquanto existe apenas a possibilidade de uma constrição futura. Enquanto a fraude de execução é negação da responsabilidade patrimonial do bem, a disposição ou oneração do bem constrito é afronta a um concreto ato estatal já consumado. Apesar do silêncio da lei, em princípio esses atos são ineficazes perante o credor e o juiz, porque o contrário implicaria total renúncia do Estado-juiz à efetividade do poder que exerce e que por natureza deve ser inevitável (*supra*, n. 156). Mas, apesar de ineficazes perante o juiz, os atos de disposição de bens penhorados *não são nulos*, o que significa que o adquirente torna-se dono do que comprou, não-obstante se sujeito ao estado de constrição em que o bem estava (ele o adquire *cum onere suo*); quem o recebeu em garantia real gozará do direito de preferência em relação a outros credores, não em relação àquele por cujo crédito o bem estivesse penhorado.

A disciplina da alienação ou oneração de bens penhorados rege também a dos bens sujeitos ao *arresto* autorizado pelo art. 828 do Código de Processo Civil, o qual é, tanto quanto a penhora, um ato imperativo de especificação do bem que suportará a execução forçada (*infra*, nn. 1.934 e 1.957).

Os tribunais brasileiros são muito cautelosos em relação ao sujeito que *de boa-fé* adquire o bem penhorado: multiplicam-se os julgados que preferem sacrificar o credor, resignando-se os tribunais diante do ultraje cometido pelo executado, sempre que o adquirente não tivesse conhecimento da pendência processual e

houvesse atuado com a diligência ordinária exigível ao homem comum. Participa dessa prudência o § 2º do art. 792 do Código de Processo Civil, ao permitir que “no caso de aquisição de bem não sujeito a registro” o adquirente resista às constringências lançadas sobre bem integrante de seu patrimônio, alegando e provando “que adotou as cautelas necessárias para a aquisição” – e o equilíbrio do sistema é proporcionado com a imposição do ônus dessa prova ao adquirente.

Um dado objetivo muito confiável, que sempre deve ser levado em conta, é a *averbação da penhora*, ao qual o art. 844 do Código de Processo Civil atribui o efeito de gerar perante terceiros a *presunção absoluta* do conhecimento desta (*infra*, n. 1.967) – III.⁹ Cumprida essa providência o credor estará a salvo de qualquer alegação de desconhecimento, a ser feita pelo adquirente, mas isso não significa que a falta do registro da penhora permita sempre a plena eficácia do ato de alienação ou oneração do bem: nesse caso, como a boa-fé se presume e a fraude não, tem ele o ônus da prova do conhecimento da penhora pelo adquirente, decidindo-se em favor deste em caso de dúvida ao final da instrução (regra de julgamento – *supra*, n. 960).

Alienar ou onerar o bem não são em si mesmos atos *fraudulentos* porque a penhora não retira ao executado o direito de propriedade que tivesse sobre aquele – ela apenas o predispõe à futura expropriação que se dará por meio da alienação mediante adjudicação ao credor ou em leilão judicial (*infra*, nn. 1.942 e 1.943). Quem adquire o bem nessa situação adquire-o *cum onere suo* (Liebman), ou seja, em princípio recebe-o com todos os pesos inerentes à execução que sobre ele está em via de processamento, não podendo opor a esta a sua qualidade de dono (ineficácia do ato).

A questão se desloca significativamente quando é alienada uma *coisa móvel* já concretamente sujeita a penhora ou apreensão judicial. Como esses atos de constringência executiva se realizam mediante a captação física da coisa e entrega a um *depositário*, eventual alie-

9. No mesmo sentido é o art. 240 da Lei dos Registros Públicos: “o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior”.

nação ou oneração será fraude do depositário infiel e não do executado.¹⁰ Enquanto o depositário simplesmente se negar a restituir o bem, pacificamente os tribunais autorizam a recuperação deste por *simples ordem judicial*, quer para trazê-lo de volta ao poder do juízo, quer para ser entregue ao arrematante se for o caso; expedem-se apenas um mandado de imissão na posse e não é necessário qualquer processo novo com essa finalidade. Havendo o depositário alienado a coisa móvel, o que se faz por simples tradição, essa imissão na posse endereçar-se-á ao adquirente, porque a fraude do depositário deve receber o mesmo tratamento dado à fraude do e a alienação feita será ineficaz em face do exequente – a não ser em caso de boa-fé de quem adquiriu, quando então a ausência do bem será suprida pela indenização devida pelo depositário infiel. Esse mesmo tratamento é adequado quando o depositário houver entregue o bem a outrem a título de garantia real (penhor de coisa móvel, também feito mediante tradição – mas v. CC, art. 1.431).

Quando o objeto da penhora é um *crédito do executado* perante terceiro, esse *devedor do devedor* é intimado a não pagar a este, mas depositar em juízo, sendo ineficaz a quitação que o executado lhe der (CPC, art. 855, inc. I). É também ineficaz eventual *remissão da dívida* quando já feita essa penhora (*supra*, n. 1.816), o que significa que a execução prosseguirá normalmente apesar dela. O executado é intimado a não praticar qualquer ato de cessão do crédito (art. 855, inc. II), e, se o fizer, essa transferência será igualmente ineficaz, a não ser em caso de boa-fé do cessionário (*supra*, n. 1.831); se a cessão de crédito houver sido feita a título gratuito, sua ineficácia impor-se-á ainda em caso de estar presente essa boa-fé do cessionário (extensão analógica do disposto no art. 158 CC). Se a penhora houver sido feita mediante a apreensão física de *títulos de crédito* (CPC, art. 856), a cessão fraudulenta não será sequer possível porque, como é notório, créditos cambiais só se transferem mediante endosso lançado na própria cártula e isso não pode ocorrer porque esta estará em poder do juízo.

10. Sendo claro que, nos casos em que o próprio executado houver sido investido no *munus* do depósito, a responsabilidade será dele próprio mas na condição de depositário e não de devedor.

A consideração da *boa-fé do adquirente*, que em tantos casos costuma ser levada em conta pelos tribunais, não pode valer como fator de enfraquecimento das normas sobre a responsabilidade patrimonial e repulsa à fraude. Para que ele possa valer-se desse fundamento em caso de aquisição de bem constricto é preciso que nem o mais leve sinal de má-fé esteja presente em sua conduta e que realmente não dispusesse de meios para razoavelmente conhecer a situação da coisa – processo instaurado em face do devedor em comarca muito distante, em outro Estado até, sem que haja notícia de que ele tivesse negócios por lá. Mas nada disso prevalece quando ocorre a *presunção absoluta* imposta pelo art. 844 e reafirmada no art. 792, inc. III, do Código de Processo Civil.

1.837. fraudes cometidas pelo mero responsável

Todas as espécies de fraudes que o devedor pode cometer e a lei reprime (fraude contra credores, fraude de execução, alienação ou oneração do bem penhorado) podem ser cometidas não só pelo próprio devedor mas também pelo mero responsável – ou seja, por aquele que, não sendo ligado a um credor por vínculo obrigacional, em algumas circunstâncias tem seu patrimônio, ou parte dele, sujeito à responsabilidade por obrigação daquele (*supra*, n. 1.747). Estão nessa situação o sucessor a título singular (*supra*, n. 1.803), os sócios, na medida em que respondam por obrigações da sociedade (*supra*, n. 1.804), o cônjuge, sempre que assim disponha a lei (*supra*, n. 1.807), aquele que haja adquirido bem em fraude de credores, fraude de execução ou quando já penhorado (*supra*, nn. 1.808, 1.824, 1.826, 1.836). É natural que assim seja porque, se a lei quer que o terceiro responda, as alienações ou onerações que vier a praticar constituiriam, não fossem as sanções inerentes àquelas fraudes, atos de insurgência à lei e frustração às expectativas do credor – tanto quanto o seriam os atos de diminuição patrimonial realizados pelo próprio obrigado.

Os bens oferecidos para garantia por obrigação de terceiro (responsabilidade sem obrigação – *supra*, n. 1.770) podem ser livremente alienados pelo mero responsável (ofertante da garantia), salvo em caso de proibição por cláusula contratual, sendo essa alienação ineficaz por definição legal graças ao direito de seqüela que a hipoteca confere ao credor (CC, arts. 1.419 e 1.422). Tal alienação

sequer chega a constituir uma *fraude* mas não impede a penhora do bem em benefício do beneficiário da hipoteca.

Para o caso de terceiro responsável em consequência à *desconsideração da personalidade jurídica* (CC, art. 50) dispõe o Código de Processo Civil que “a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar” (art. 792, § 3º – *supra*, n. 1.829).