

Fredie Didier Jr.
Leonardo Carneiro da Cunha
Paula Sarno Braga
Rafael Alexandria de Oliveira

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Execução

CONFORME
NOVO
CPC

7ª EDIÇÃO

5

revista, ampliada e atualizada

2017

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Ainda que o exequente tenha preferência de crédito em relação ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou fiduciário, impõe-se a intimação desses últimos, a fim de que, havendo saldo decorrente da expropriação do bem gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou alienação fiduciária, ele seja atribuído ao credor com garantia real, e não devolvido ao devedor³⁰.

b) *O concurso especial de credores.* Se houver penhoras sucessivas sobre o mesmo bem, surge a necessidade de que todos credores penhorantes participem da fase de pagamento³¹. Cada um virá a juízo afirmando o seu crédito e provando a respectiva penhora. Concorrerão pelo crédito resultante da expropriação do bem penhorado. Sobre o tema, ver o item dedicado a ele no capítulo sobre a entrega do dinheiro, neste volume do *Curso*.

É por isso que o inciso V do art. 889 determina que o credor com penhora anteriormente averbada seja cientificado, com cinco dias de antecedência, da alienação judicial do bem penhorado.

c) *Exercício do benefício de ordem pelo fiador.* Como se sabe, "O fiador, quando executado, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor situados na mesma comarca, livres e desembargados, indicando-os pormenorizadamente à penhora" (art. 794 do CPC). Trata-se do benefício de ordem, contradireito do fiador. Nessa situação, o devedor, que eventualmente pode não ser parte da execução, necessariamente passará a dela fazer parte, já que um bem seu pode vir a ser penhorado. O contraditório impõe que se traga ao processo o devedor, sobre cujo patrimônio poderá recair a execução.

d) O terceiro ainda pode voltar-se contra a execução valendo-se dos embargos de terceiro, que é processo incidente e, portanto, não se configura como espécie de intervenção de terceiro, sempre um incidente do processo (sobre o tema, ver o capítulo sobre as intervenções de terceiro, no v. 1 deste *Curso*). Convém observar, porém, que pode o juiz, *ex officio*, determinar a intimação de possível terceiro interessado em opor embargos de terceiro (art. 675, parágrafo único, e art. 792, § 4º, CPC).

30. SHIMUDA, Sérgio. "Intervenção do credor hipotecário em execução alheia", cit., p. 999.

31. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 11ª ed., cit., 387.

CAPÍTULO 8

Responsabilidade patrimonial

Sumário - 1. Considerações iniciais - 2. Obrigação e responsabilidade: 2.1. Visão dualista; 2.2. Visão unitarista; 2.3. Visão adotada - 3. Responsabilidade primária (arts. 789 e 790, I, III, V, VI e VII, CPC); 3.1. Generalidades; 3.2. Bens do devedor, inclusive em poder de terceiro (arts. 789 e 790, III, CPC); 3.3. Bens do sucessor a título singular (art. 789 e 790, I, CPC); 3.4. Bens alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução ou contra credores (art. 790, V e VI, CPC) - 4. Responsabilidade secundária: 4.1. Bens do cônjuge ou companheiro; 4.2. Bens do sócio, nos termos da lei (art. 790, II, e art. 795, CPC); 4.3. Desconsideração da personalidade jurídica e seus aspectos processuais - 5. Responsabilidade patrimonial do fiador (art. 794, CPC) - 6. Responsabilidade patrimonial do espólio e dos herdeiros (art. 796 do CPC) - 7. Bens objeto de direito de retenção (art. 793 do CPC) - 8. Bem objeto de direito de superfície, enfiteuse ou concessão de direito real de uso (art. 791, CPC). A questão do direito real de laje - 9. Responsabilidade patrimonial do incapaz.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito a uma prestação é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação (conduta), que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar coisa (dinheiro ou coisa distinta de dinheiro).

Trata-se de direito que precisa ser concretizado (efetivado) no mundo físico, com a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não realiza a prestação, voluntariamente, configura-se o inadimplemento ou lesão, pressuposto de toda e qualquer atividade executiva.

Inadimplida a prestação, o patrimônio do devedor e de terceiros previstos em lei (ex.: seu cônjuge ou seu sócio) responderão pelo seu cumprimento, mediante execução forçada.

A *responsabilidade patrimonial* (ou responsabilidade executiva) seria, segundo doutrina maciça, o estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis (cf. art. 790, CPC), às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida. Seria a sujeição potencial¹ e genérica de seu patrimônio. Haveria a *possibilidade* de sujeição de todos

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 321.

os seus bens (dentro dos limites da lei), não sujeição efetiva e específica de um deles.

Nesse contexto, a grande preocupação dos processualistas é definir a massa patrimonial passível de execução – do devedor e de terceiro. Mas existem duas grandes questões, prévias e necessárias, que não podem passar sem um bom trato.

Viu-se, no capítulo sobre as normas fundamentais do processo de execução, que, em algumas situações, a execução não recai sobre o patrimônio, como no da execução indireta. Mas é correto afirmar que a regra é a de que a execução de prestação patrimonial tem como garantia básica o patrimônio do devedor ou do responsável.

Este capítulo que se inicia tem o objetivo de estudar apenas a *responsabilidade patrimonial*.

2. OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE

2.1. Visão dualista

O estudo da responsabilidade patrimonial e, sobretudo, a distinção entre responsabilidade e obrigação, deve-se à teoria formulada pelo alemão Alois Brinz – divide a obrigação em *Schuld und Haftung*. Dela nasce uma visão dualista do vínculo obrigacional, decomposto em dois elementos: o débito (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*).

Os adeptos dessa doutrina defendem que o débito (*Schuld*) e a responsabilidade/garantia (*Haftung*) coexistem na relação obrigacional, mas o *Haftung* só emerge com o inadimplemento.

O débito (*Schuld*) é o *dever de prestar*, de realizar uma atividade em benefício do credor. Uma vez inadimplido, autoriza o credor a ativar a máquina judiciária para dar cumprimento à prestação (impor a sanção executiva), *respondendo* os bens do devedor (e dos terceiros previstos em lei) pelo seu inadimplemento.

O débito (*Schuld*) seria uma situação de desvantagem que gera a expectativa de que algum bem do devedor (ou outrem) venha satisfazê-lo. No entanto, seria situação jurídica estática, pois não conferiria ao credor qualquer força ou permissão para trazer ao seu patrimônio o que lhe é devido, não autorizaria movimentos em prol de sua satisfação. Já a responsabilidade (*Haftung*) seria eminentemente dinâmica, pois viria instrumentalizar

a efetivação da obrigação, determinando quais bens (do sujeito passivo/devedor ou de terceiro) responderão pelo seu adimplemento².

A dívida é vínculo pessoal; a responsabilidade é patrimonial. O devedor obriga-se; seu patrimônio responde³.

E para aqueles que questionavam a teoria sob o argumento de que, cumprida espontaneamente a prestação, não haveria responsabilidade (elemento autônomo), Betti retrucou, ensinando que a responsabilidade é estado potencial que *coage preventivamente*, pressionando o devedor a adimplir a prestação, e *garante repressivamente* o seu cumprimento, se inadimplida a prestação. Subsistiria, pois, mesmo sem inadimplemento⁴.

Seria possível obrigar-se sem responsabilizar-se e vice-versa, dizem. Haveria *obrigação sem responsabilidade*, por exemplo, na obrigação natural (quando credor não pode coagir devedor), na dívida de jogo, na dívida prescrita⁵ etc. E haveria *responsabilidade sem obrigação*, por exemplo, para o fiador, para aquele que dá hipoteca em garantia de débito alheio.

Trata-se de visão bem aceita, adotando-a, por exemplo, juristas como Serpa Lopes⁶ e Betti⁷.

Na concepção originária de Alois Brinz, a responsabilidade era vista e examinada como categoria do Direito Privado. Atualmente, porém, encontram-se vários doutrinadores processualistas inserindo-a no contexto do

2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 04, cit., p. 323-325.
3. BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 116.
4. BETTI, Emilio. *Teoria General de las Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, t. 1, p. 270. Diz o autor que a responsabilidade se constitui sempre primeiro no caso em que o acontecimento esperado não se verifica entre os sujeitos e tem como ponto essencial dois elementos: a) um acontecimento aguardado ou temido por um dos sujeitos, que é a razão da responsabilidade; e b) um bem pertencente ao outro sujeito, que é objeto da responsabilidade, já que está destinado a servir de satisfação ao primeiro para o caso de um acontecimento esperado não se verificar ou o temido acontecer. Se se produz o acontecimento esperado ou não se produz o temido, a responsabilidade desaparece. De um lado, a razão da responsabilidade se expressa na expectativa prévia de um acontecimento; a responsabilidade mesma, pois, corresponde por outro lado a uma expectativa secundária de satisfação, é pré-constituída ao acontecimento; é uma garantia. (BETTI, Emilio. *Teoria General de las Obligaciones*, cit., p. 270).
5. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 6, p. 438.
6. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, v. 2, p. 11-13.
7. Defende a absoluta independência da responsabilidade em relação ao débito e a possibilidade de conceber o débito como independente de uma responsabilidade. Para o autor, incorrem em erro aqueles que defendem ser inconcebível um débito jurídico separado de responsabilidade. É mais grave é o erro dos "germanistas" que concebem a responsabilidade como necessariamente concomitante ao débito (BETTI, Emilio. *Teoria General de las Obligaciones*, t. 1, cit., p. 281).

Direito Processual – alguns deles considerando que o alemão vivia, ainda, período sincrético do Direito Processual, no fim do século XIX.

Atribui-se a revisão da teoria de Brinz e sua adaptação à ciência contemporânea a Carnelutti⁸, cujas lições foram desenvolvidas e incorporadas à doutrina brasileira por Liebman⁹ e Buzaid¹⁰.

Defendem que o *dever jurídico* imposto ao devedor de cumprir a prestação é objeto de *relação obrigacional*. Já a *responsabilidade* seria a susceptibilidade do patrimônio do devedor (e outros) à execução, para satisfação da dívida, típica *relação de direito processual*, vínculo travado no campo processual entre responsável e Estado, não se tratando de relação entre credor e devedor. O erro da doutrina privatista teria sido considerar a sanção (a responsabilidade) como elemento da relação obrigacional, quando é expressão do poder soberano do Estado.

Esses autores observam, ainda, que, a despeito de a responsabilidade patrimonial ser categoria processual, o Código Civil inova ao tratar do tema, para dispor que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor” (art. 391).

Com isso, embora repetisse, sem necessidade, o disposto no art. 591, CPC-1973, correspondente ao art. 789, CPC-2015, acabou ratificando a distinção entre obrigação e responsabilidade – assim como o faz no art. 389, Código Civil¹¹⁻¹².

8. “(...) agora se pode dizer que as dificuldades são superadas quando se compreendeu que débito e responsabilidade não são dois elementos de uma mesma relação, ou seja, da relação entre devedores e credores, mas duas distintas relações, a primeira das quais tem caráter material e a segunda caráter processual; a responsabilidade não é uma obrigação, mas uma sujeição e a relação ocorre não entre o devedor e o credor mas entre o devedor e o juiz. Para maior precisão, à responsabilidade do devedor corresponde a ação (executiva) do credor; aqui é, portanto, em última análise, também com este propósito uma relação entre as partes mas intermediada por juiz, no sentido que a ação se dirige ao juiz e a responsabilidade se põe de frente a ele” (tradução livre) (CARNELUTTI, Francesco. *Direito e Processo*. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 314 e 315).

9. “É mérito indiscutível de Carnelutti ter demonstrado sua natureza processual, realizando separação dos elementos material e processual que iam anteriormente confusos na relação jurídica e esclarecendo que a responsabilidade subsiste apenas em face do Estado, único titular do poder de pôr as mãos sobre os bens do executado para fins de execução, nos limites fixados pelo título” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 85 e 86).

10. BUZOID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 17 e 18.

11. Art. 389 do Código Civil: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

12. Já Alcides de Mendonça Lima, unitarista que é, critica o art. 591, do CPC-1973 (correspondente ao art. 789, CPC-2015), por gerar norma tipicamente material. (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, cit., 429-431).

Seguem essa linha de entendimento Carnelutti¹³, Liebman¹⁴, Buzaid¹⁵, Araken de Assis¹⁶, Amílcar de Castro¹⁷, Teori Zavascki¹⁸, Dinamarco¹⁹, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁰, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²¹, Theodoro Jr.²² e outros.

2.2. Visão unitarista

Inúmeros juristas, contudo, mantêm uma visão unitarista da obrigação, sem conseguir dela destacar débito e responsabilidade. Seriam faces de um mesmo vínculo e vínculos distintos.

O *dever jurídico* traz consigo a coação. A dívida (débito) é *dever de prestar* sob coação da ordem jurídica, que pode conduzir ao adimplemento voluntário ou forçado. Assim, a responsabilidade é decorrência do vínculo obrigacional²³. Seguem esse posicionamento Karl Larenz²⁴, Von Tuhr²⁵, Antunes Varela²⁶,

13. *Direito e Processo*. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 314 e 315.

14. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed., p. 85-86.

15. BUZOID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 17 e 18.

16. ASSIS, Araken de. “Responsabilidade patrimonial”. *Execução civil (aspectos polêmicos)*. João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha (coord.). São Paulo: Dialética, 2005, p. 11.

17. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, v. 8, p. 78.

18. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 8, p. 78.

19. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 326 e 327.

20. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 252-253.

21. FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14 segs.

22. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 198.

23. BUZOID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 17.

24. Segundo o autor, todo aquele que assume uma obrigação responde, em caso de inadimplemento, com tudo aquilo que possui. Aquela que deve responde. Entende ser cabível distinguir conceitualmente responsabilidade e dívida, mas aquela segue esta como “a sombra ao corpo”. Aquela que assume obrigação corre o risco de perder seu patrimônio (ou uma parte dele) para a execução (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 34).

25. TUHR, A. von. *Tratado de las obligaciones*. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1, p. 10-12. Diz o autor que o crédito encerra um dever para o credor e uma responsabilidade para seu patrimônio. E a responsabilidade vai normalmente aparelhada àquele dever – reconhecendo que pode recair sobre bens de terceiro.

26. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 131 ss.

Caio Mário²⁷, Ovídio Baptista²⁸, Ruggiero²⁹, Marcelo Junqueira Calixto³⁰, Alcides de Mendonça Lima³¹, José Frederico Marques³², Washington de Barros Monteiro³³ e Sérgio Cavalieri Filho³⁴.

Antunes Varela entende que a ação creditória (responsabilidade/garantia) é elemento essencial da obrigação. A obrigação é o direito a um comportamento pessoal do devedor; esse é o seu objeto imediato – ainda que mediatemente vise a uma coisa (como na prestação de entregar coisa). A obrigação volta-se, assim, para essa direção principal, que é obter uma ação ou omissão *pessoal* do devedor e só se desvia desse destino com seu inadimplemento, deslocando-se para uma direção subsidiária que é a sanção executiva. Reconhece a importância da ação executiva, como elemento real/patrimonial e subsidiário do direito de crédito, para que deixe de ser mera expectativa, tornando-se realidade. Mas o débito, diz, não é simples

27. O autor, de forma não tão clara, demonstra insurgir-se contra a teoria dualista, malgrado reconheça ser lógica e clara, defendendo que na obrigação há "relação entre pessoa e pessoa, com projeção no patrimônio do devedor. O vínculo jurídico estabelece essa sujeição", invocando clássica concepção de obrigação de Savigny. Mas é interessante notar que, apesar das críticas próprias e de outros autores, que traz para essa diferenciação, entende que "a teoria dualista permite destacar os elementos fundamentais do vínculo obrigacional", o que diz o autor não ter perdido de vista (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 24-27).

28. Que não aceita a doutrina que decompõe a relação obrigacional em débito e responsabilidade, para dizer que há casos que o responsável não é devedor. Mas, ainda assim, diz ser inegável que na estrutura da obrigação, há dois elementos (débito e responsabilidade) (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2, p. 57).

29. O autor defende que os dois elementos (débito e responsabilidade) são "aspectos do mesmo fenômeno", "momentos inseparáveis da obrigação". Débito é "dever do devedor munido de responsabilidade". Mas reconhece que tais elementos podem ser considerados abstratamente diferentes. Essa distinção conceitual ajudaria a entender melhor a estrutura íntima da obrigação e explicar fenômenos e regras particulares, como aquelas situações em que há responsabilidade sem débito (exemplo: débito futuro ou garantido por penhor/fiança), débito sem responsabilidade (exemplo: obrigação natural) ou a responsabilidade de um e débito do outro, quando o terceiro dá garantia própria, penhor/hipoteca sobre o débito alheio. (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 43-46).

30. CALIXTO, Marcelo Junqueira. "Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes". *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4-6 e 14-15. O autor segue fielmente a visão de Antunes Varela.

31. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 6, p. 432 e 433.

32. Defende que obrigação se desdobra em dívida e responsabilidade patrimonial. Mas deixa claro que responsabilidade patrimonial subsiste no plano material e não de confunde com a responsabilidade processual que nasce com a propositura de ação executiva (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 4, p. 41 e 42).

33. O autor se afirma seguidor de uma posição intermediária, fundada na ideia de que a obrigação se sustenta na ação conjunta dos dois elementos – débito (elemento pessoal/espiritual) e responsabilidade (elemento patrimonial) – que se completam (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 25-28).

34. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. Não obstante diferencie responsabilidade e obrigação, defende que não há responsabilidade sem a correspondente obrigação.

dever de prestar. É o dever de prestar "sob coação da ordem jurídica". O débito (poder de exigir prestação) e ação executiva são peças que integram um mesmo sistema obrigacional – ainda que vinculados por relação instrumental, quando a execução é instrumento de efetivação da prestação. Ambos estariam abrangidos pelo processo obrigacional.

Assim, defende o autor não ser necessário recorrer ao desmembramento da obrigação em duas relações distintas para explicar conceitualmente situações em que se defende existir débito sem responsabilidade e vice-versa. O entendimento dessas situações pode ser encontrado dentro dos quadros da chamada doutrina clássica, que, considerando a obrigação como uma relação unitária, está mais próxima da unidade vital dos fenômenos que retrata. E, para comprovar sua visão, o autor critica, pontualmente, as falhas nos exemplos dados pelos seguidores desta corrente, para justificar as suas ideias³⁵:

"As obrigações naturais não provam a favor da tese da dualidade pela razão simples de que não são verdadeiras obrigações jurídicas, nem sequer deveres jurídicos: trata-se de meros deveres morais ou sociais juridicamente relevantes, que se não caracterizam apenas pela falta de ação creditória.

A fiança destinada a garantir a dívida já existente não pode, por sua vez, ser considerada como um caso de responsabilidade sem débito, mas antes como um caso típico de obrigação acessória. O fiador não é apenas responsável, é também devedor, embora acessoriamente (...).

No caso da hipoteca ou do penhor constituído por terceiro (...), não é correta a afirmação de que a responsabilidade esteja num lado (patrimônio do terceiro) e a dívida noutro (na titularidade do devedor). O devedor, além de sujeito ao dever de prestar, responde também pelo cumprimento da obrigação com todos os seus bens suscetíveis de penhora (...). O conceito que melhor se adapta a esta situação não é o de responsabilidade desintegrada do débito, mas a figura clássica do *direito real de garantia*, que assinala melhor a função *accessória* da hipoteca em face da obrigação assegurada (...).

No caso da solidariedade passiva, também não é exata a afirmação de que a responsabilidade de cada um dos devedores excede o montante do seu débito. Cada um dos devedores responde perante o credor com um cumprimento integral da prestação, precisamente porque é devedor, não apenas pela sua cota, mas pela prestação total".

Para mais bem compreender o pensamento de Antunes Varela, é preciso partir da premissa, que nos parece correta, de que o vínculo

35. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 147-151.

obrigacional não é estático, e sim dinâmico. Couto e Silva³⁶, em sua célebre obra "A Obrigação como Processo", vale-se dessa perspectiva, estudando o processo de nascimento, de desenvolvimento e de adimplemento da obrigação. Para o autor, a "obrigação como processo" é expressão que denota o caráter dinâmico da relação obrigacional. Revela as diversas etapas que transcorrem, de forma interdependente, com o desdobramento da relação obrigacional.

Judith Martins-Costa³⁷ identifica que a relação obrigacional se desenvolve, de fato, como um processo "polarizado pelo seu adimplemento, que é o fim que a dinamiza e atrai". Caracteriza-a juridicamente como um vínculo jurídico revestido de complexidade e dinamicidade³⁸. A relação obrigacional, para além de crédito e débito, compõe-se de um conjunto de situações jurídicas, como direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções. E todo esse cabedal de situações jurídicas ativas e passivas não se queda estático, cravado, isolado no bojo do liame obrigacional. Está sujeito a interferências externas do tempo, do espaço, e todas as circunstâncias advindas do contexto em que se desenrola. Eis sua complexidade e dinamicidade³⁹.

Inicialmente, há os *deveres de prestação principais (primários) e acidentais (secundários)*. No epicentro da relação obrigacional⁴⁰ há o(s) último(s) *dever(es) principal(is) ou primário(s)*, cujo adimplemento é o fim último do rito percorrido. São eles que justificam todo o processo obrigacional; e é por isso que definem o tipo negocial surgido. Orbitam em seu entorno os chamados *deveres secundários ou acidentais*, que se subdividem em: *i)* deveres meramente acessórios ou anexos; *ii)* deveres autônomos. Os deveres meramente acessórios (anexos) visam a criar as condições necessárias para que o dever principal seja adimplido. Exemplifica a autora com o dever de embalar e transportar a coisa, com segurança, que viabiliza e prepara o perfeito adimplemento de um contrato de compra e venda. Já os deveres secundários autônomos seriam substitutos ("sucedâneos") ou paralelos ("coexistentes") da prestação principal. Por exemplo, o dever de indenizar pelo inadimplemento absoluto é substituto do principal, e o dever de

36. SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10 - 13.

37. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, p. 487 ss.

38. A autora comenta o surgimento da concepção de obrigação como processo, partindo da vetusta visão estática da relação obrigacional, como vínculo que resulta em mera soma de crédito e débito, oriunda do direito romano (MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 383-389).

39. Também assim, VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 65 e segs.

40. Sua "alma", diz a autora.

indenizar pela mora é paralelo a ele. Todos estes deveres de prestação (primários e secundários) visam a concretizar um direito a uma prestação do credor, trazendo-lhe um benefício. Mas ao seu lado, subsistem deveres instrumentais, corolários da boa-fé objetiva, que têm por fim assegurar o adequado adimplemento do negócio, considerando as razões por que foi criado. E o adimplemento adequado é leal, transparente e cooperativo⁴¹.

Uma das autoras dessa obra, Paula Sarno Braga, dedica-se ao estudo do tema em "Aplicação do deverido processo legal às relações privadas"⁴².

Trata-se de visão lançada por Karl Larenz⁴³, inspirado no pensamento de Hartmann, e seguida pela melhor doutrina portuguesa, como Manuel Carneiro da Frada⁴⁴, Almeida Costa⁴⁵, Mota Pinto⁴⁶, Antunes Varela⁴⁷ e Menezes Cordeiro⁴⁸.

Para contrapor a concepção da responsabilidade patrimonial como categoria autônoma em face do dever de prestar, depõem ainda duas circunstâncias, que os próprios seguidores da doutrina da *Schuld und Haftung* reconhecem: de um lado, a responsabilidade não pode constituir-se sem uma dívida, ainda que futura ou condicional, a partir da qual ela se forma; de outro, constata-se que a responsabilidade não persiste, em nenhum dos casos descritos pelos autores, depois de extinto o débito correspondente.

Tudo isso reforça a ideia de que a responsabilidade (ação creditória) integra o direito à prestação, como principal sustentáculo do poder de exigir conferido ao credor. A responsabilidade seria, por conseguinte, uma forma de sanção pelo não cumprimento do débito (inadimplemento), que é um ato antijurídico⁴⁹. Seria mais um passo do processo obrigacional; dentre os direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes, pretensões, ônus

41. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, p. 34-37. Confira, ainda, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*. O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 190 e segs.

42. *Aplicação do deverido processo legal às relações privadas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

43. LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 37-38.

44. FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de prestação*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 36-40.

45. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 63 ss.

46. PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 335-340, 348 e segs. e 374 e segs.

47. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 65-69.

48. CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 586 - 592.

49. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed., v. 1, p. 151.

jurídicos, sujeições e exceções, seria um estado de sujeição do patrimônio do devedor (e terceiros).

A ideia de que a execução forçada é um direito processual do credor distinto do direito material de crédito também é incisivamente questionada. Antunes Varela⁵⁰ traz a visão mais lúcida sobre a questão, esclarecendo que não há dúvida de que a ação executiva dá ensejo à relação processual entre exequente, executado e Estado-juiz, mas que servirá, contudo, de instrumento para a realização do poder material de submeter o devedor, poder este integrante da relação obrigacional – tal como a ação reivindicatória subsiste para efetivar faculdade que brota do direito de propriedade, exemplifica.

2.3. Visão adotada

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 se caracteriza por contar com uma sucessão de situações jurídicas como o direito/poder/dever/ônus/sujeição etc.; dentre elas, estão 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, acêntua o vínculo entre a *responsabilidade* e o *dever*: uma é sanção ao descumprimento de outro, sendo que ambos são fenômenos de uma mesma relação obrigacional.

Parece indiscutível, qualquer que seja a teoria adotada, que há duas situações jurídicas muito distintas: a dívida e a responsabilidade. Esse, aliás, é o grande mérito da concepção dualista. Cada uma dessas situações pode ser titularizada por um sujeito distinto, razão pela qual se distinguem as figuras do devedor e do responsável. Ambos, porém, são sujeitos de uma

50. VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed., v. 1, p. 131 e 132.

situação jurídica *material* passiva e fazem parte de um mesmo vínculo obrigacional, examinado sob uma perspectiva dinâmica e complexa, sendo esse o grande mérito da visão unitarista.

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.

3. RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA (ARTS. 789 E 790, I, III, V, VI E VII, CPC)

3.1. Generalidades

A partir da constatação de que o vínculo obrigacional contém o débito e a responsabilidade, identificam-se dois tipos de responsabilidade patrimonial: a primária e a secundária⁵¹.

A *responsabilidade primária* é aquela que recai sobre bens do *devedor obrigado*, como previsto nas hipóteses do art. 789 e do art. 790, I, III, V, VI e VII, ambos do CPC.

51. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 95-96.

A *responsabilidade secundária* incide sobre bens de *terceiro não obrigado*, quando a responsabilidade se desprende da obrigação e vai recair sobre terceiro (ex.: cônjuge do executado), disciplinada no art. 790, II e IV, CPC.

A maior parte dos doutrinadores brasileiros, seguindo a visão de Liebman, defende que o responsável secundário é sempre um terceiro – o sócio da sociedade executada ou o cônjuge do executado (art. 790, II e IV, CPC) –, que não integra o processo executivo. Por isso, caso queira questionar a legitimidade da constrição de seus bens, deverá fazê-lo por embargos de terceiro – e, não, por embargos ou impugnação de executado. Os embargos de terceiro seria o seu instrumento de defesa⁵².

Araken de Assis⁵³ faz, contudo, uma correta ressalva. Entende que o art. 790 do CPC só tem a virtude de apontar casos mais comuns de *responsabilidade secundária*. Não se pode, porém, reputar como “terceiros” esses responsáveis secundários. Parte é todo aquele que integra o processo com parcialidade, com interesse no seu resultado. E responsáveis primários ou secundários são partes passivas, são executados, apesar de os primeiros serem obrigados e os segundos, não. É o que ocorre, para o autor, com a execução de obrigação garantida por hipoteca sobre bem alheio. O terceiro é estranho à obrigação, mas é responsável e, por isso, tem legitimidade passiva para a execução, devendo integrá-la para que se penhore o bem onerado. É uma das normas que se extrai, aliás, do art. 835, § 3º, CPC^{54,55}.

Partindo da correta premissa de que a obrigação é um processo, convém ressaltar que o que se chama de responsabilidade secundária (de terceiros) não exclui a responsabilidade primária (do devedor principal). No processo obrigacional, ocorrido o inadimplemento, serão responsáveis o devedor principal (cuja responsabilidade é primária) e eventual terceiro previsto em lei (cuja responsabilidade é secundária).

Assim, não há que se destacar a responsabilidade da obrigação; basta que se tenha presente a ideia de que a obrigação é um processo, em cujo percurso podem aparecer situações jurídicas passivas tanto para o devedor principal como para terceiros – terceiros esses que podem ser devedores secundários (como o fiador ou o sócio, por exemplo).

3.2. Bens do devedor, inclusive em poder de terceiro (arts. 789 e 790, III, CPC)

Na forma do art. 789, CPC⁵⁶, o devedor responde, pela obrigação, com todos os seus bens, salvo restrições legais.

A submissão do patrimônio do devedor não é absoluta, afinal: *i) nem todos os seus bens respondem pela dívida* (o próprio texto legal ressalva as “restrições legais”); *a exemplo dos casos de impenhorabilidade; ii) nem só os seus bens respondem pela obrigação*, pois, como se viu, a responsabilidade patrimonial secundária recai sobre bens de terceiro⁵⁷.

São passíveis de execução os *bens presentes e futuros* do executado. No entanto, surge a dúvida sobre qual é o momento para definir o que seja presente e o que seja futuro: é o momento da constituição da obrigação (como a conclusão de contrato ou a causação de um dano) ou o momento da execução?

Há quem diga que são presentes e futuros aqueles bens pertencentes ao devedor a partir do *momento em que foi contraída a obrigação*, isto é, tanto os bens existentes ao tempo da constituição da dívida, como os adquiridos posteriormente. O que importa, a rigor, são os bens (ainda e já) existentes ao tempo da execução – ainda que adquiridos depois de assumida a obrigação (assim, Alcides de Mendonça Lima⁵⁸, Ovídio Baptista⁵⁹, Cândido Dinamarco⁶⁰, Theodoro Jr.⁶¹ e Araken de Assis⁶²).

52. LIEBMAN, Enríco. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 97; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 263.

53. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 202-203.

54. § 3º do art. 835 do CPC: “Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora”.

55. Interessante ressaltar, contudo, a situação do cônjuge, que pode ter legitimidade para embargos de terceiro. Feita intimação do cônjuge do executado, tem ele duas opções de defesa: a) caber impugnação/embargos de executado quando o consorte reconhece que seus bens (próprios ou de sua quota-parte) respondem pela dívida, mas pretende discutir a própria dívida e a forma de sua execução; b) mas cabem os embargos de terceiro (art. 674, § 2º, I, CPC) quando o consorte acredita que seus bens (próprios ou de sua quota-parte) não respondem pela execução, visando excluir a constrição imposta sobre eles, único caso em que será, de fato, responsável secundário. Assim, o n. 134 da súmula do STJ: “Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação”.

56. Art. 789 do CPC: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

57. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 262 e 263.

58. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 433.

59. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, t. 2, cit., p. 58.

60. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 328 e 329.

61. “Isto decorre de ser o patrimônio uma universalidade como um todo permanente em relação ao seu titular, sendo irrelevantes as mutações sofridas pelas unidades que o compõem. Pouco importa, por isso, se o objeto do devedor a penhorar existia ou não ao tempo em que a dívida foi constituída” (THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., cit., p. 199).

62. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 199.

Mas reconhecem que o dispositivo não pode ser lido em sua literalidade, como se abrangesse todos os bens presentes ao tempo do surgimento da dívida, ainda que transferidos para outrem antes da execução, sem qualquer caráter fraudulento, ou todos os bens futuros⁶³, inclusive aqueles que ainda não ingressaram no patrimônio do devedor ao tempo da execução.

Respondem os bens presentes em seu patrimônio no momento de executar, os adquiridos no momento da constituição da obrigação e os adquiridos depois disso⁶⁴.

Outros autores afirmam serem os bens que respondem pela obrigação aqueles que venham a integrar seu patrimônio desde o momento da instauração da execução – os bens que incorporem ou passem a incorporar seu patrimônio daí em diante (como Amílcar de Castro⁶⁵, Carnelutti⁶⁶, Teori Zavascki⁶⁷, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁸).

Na verdade, toda essa discussão parece mais um jogo de palavras, pois o sentido dado à norma por todos eles parece ser o mesmo: respondem os bens que integram o patrimônio do devedor quando da execução – pouco importando quando foram adquiridos, se antes ou depois da constituição da obrigação, se antes ou depois de iniciada a atividade executiva. Apesar de, inicialmente, seguir a primeira corrente, Alcides de Mendonça Lima deixa claro que “enquanto houver inadimplência, o patrimônio do devedor responderá independentemente da ocasião em que os bens foram adquiridos pelo devedor”⁶⁹.

Acrescentam à letra da lei que também respondem os bens pretéritos (transferidos para terceiro antes da execução), que tenham sido dados em garantia real (penhor ou hipoteca) ao credor ou alienados em fraude à execução ou fraude contra credores⁷⁰. Veja que tais bens são passados

63. “Interpretada lei no sentido literal, nunca pode haver ‘bem futuro’ (...) deve considerar-se, porém, não o bem, mas o direito de propriedade ou de domínio que, no futuro, o devedor possa vir a ter sobre determinado bem, que, juridicamente, para ele não existia” (LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p.437).

64. THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 41ª ed., v. 2, cit., p. 199; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 4, cit., p.328 e 329.

65. CASTRO, Amílcar de. Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., v. 8, p. 68.

66. Nas lições do autor, bens presentes e futuros são os que pertencem ao devedor no momento da execução, embora não pertencessem no momento em que se obrigou. E diz que a lei italiana subentende a isenção dos bens passados, anteriores à execução, para não comprometer a circulação patrimonial. Mas admite que essa regra comporta exceções. (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, cit. p. 314-316; *Sistemi de Direito Processual Civil*, 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. 2, p. 705-706).

67. ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 8, cit., p. 261

68. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 252 e 253.

69. LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p.437.

70. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 4, cit., p. 329.

em relação à execução, mas presentes em relação à data de constituição da obrigação.

Essa regra de sujeição dos bens do devedor à execução (art. 789) deve ser lida à luz do art. 790, III⁷¹, que a complementa. Da leitura conjunta dos dispositivos se extrai: *respondem pela execução os bens do devedor, ainda que em “poder” (posse ou detenção) de terceiros*. O texto do art. 845, *caput*, do CPC é bastante claro: “§ 1º Efetuar-se-á a penhora onde se encontrem os bens, ainda que sob a posse, a detenção ou a guarda de terceiros”.

O bem continua pertencendo ao devedor (proprietário ou possuidor indireto), só que se encontra na posse ou detenção de terceiro (sem título de domínio), como o locatário, comodatário, depositário, rendeiro⁷².

Em caso de *detenção*, não há qualquer restrição à atividade executiva sobre bem. O detentor é mero instrumento da posse do proprietário/devedor. Detém a posse do bem em nome do devedor, para conservá-la de acordo com suas ordens e instruções (célebre caso do caseiro ou do motorista). Como o detentor não tem qualquer direito sobre o bem, ele se sujeita à execução sem que isso interfira em sua esfera jurídica⁷³.

Já nos casos de *posse*, há um vínculo jurídico entre devedor/proprietário e terceiro/possuidor (exercente da posse direta) que confere a esse último direito de uso e gozo do bem. Assim, arrematado o bem em leilão judicial, o arrematante se sub-roga na posição do devedor/executado. Será o novo dono do bem, mas a posse permanece com o terceiro. Será preciso aferir se o novo dono tem o direito de tomar posse do terceiro ou não⁷⁴. Em caso de posse decorrente de vínculo contratual (como locação, comodato ou arrendamento), por exemplo, o terceiro possuidor deve ter seus direitos respeitados, nos limites da lei e de possíveis cláusulas contratuais, sob pena do uso legítimo de embargos de terceiro, para reaver o

71. Art. 790 do CPC. “São sujeitos à execução os bens: (...) III – do devedor, ainda que em poder de terceiros”.

72. ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 8, cit., p. 268; LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p. 450; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 4, cit., p. 338 e 339. E o art. 845, deixa claro que esse “poder” pode ser decorrente de posse, detenção ou guarda do terceiro. A construção quer alcançar o domínio, pouco importando a que título o terceiro é exerce poder sobre o bem: se possui a coisa ou se é mero instrumento de posse alheia (assim, ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 8, cit., p.203).

73. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 4, cit., p. 338 e 339.

74. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 4, cit., p. 339.

bem⁷⁵. Não é por acaso que, em muitos casos, esse terceiro possuidor será intimado da penhora desse bem (art. 799, CPC).

É preciso observar as regras de Direito material que definirão se subsiste ou não o vínculo contratual que garante a posse do terceiro.

Por exemplo, a execução contra locador, quando a locação é eficaz perante o arrematante (terceiro adquirente) vai atingir o bem locado, mas não a continuidade do contrato de locação, que vigorará até o seu termo final (o art. 576, Código Civil, e arts. 8º, 27 e 33 da Lei n. 8.245/1991). Nesses casos, o adquirente se sub-roga no lugar do devedor/locador⁷⁶.

Aquele que está na posse/detenção do bem é *terceiro*. Bem seu não é atingido pela execução, por isso não precisa ser citado. Não há responsabilidade secundária do terceiro, o bem é do devedor⁷⁷.

3.3. Bens do sucessor a título singular (art. 789 e 790, I, CPC)

O art. 790, I, CPC, sujeita à execução o bem objeto de execução real ou fundada em obrigação reipersecutória, ainda que transferida para "sucessor a título singular".

Está aí abrangida a execução de título judicial (cumprimento de sentença) e de título extrajudicial⁷⁸. Afinal, limita-se a referir-se à "execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória"⁷⁹.

Alcança, assim, todas as execuções de título judicial ou extrajudicial, para entrega de coisa, pouco importando se fundada em direito real ou pessoal (art. 498, 538, 784, II e 806 a 813, todos do CPC). Diante desta sua amplitude, o regramento merece comentários pontuais sobre seu teor.

O dispositivo protege, em parte, o resultado das *ações* reais e reipersecutórias, ao abranger execução de *sentença* dela advinda, colocando ambas a salvo de transferências fraudulentas.

75. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 339; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 203 e 204.

76. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 268.

77. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 450 e 451.

78. Alcides Mendonça Lima defende que se o bem era do devedor ao tempo da obrigação (da celebração do contrato), mas não era ao tempo da execução, configura-se fraude contra o credor, o que dá ensejo a ação pauliana. Mas, para preservar o credor das naturais delongas de uma ação cognitiva, admite que ele mova execução contra o devedor, penhorando o bem indevidamente integrado ao patrimônio do terceiro ("sucessor a título singular") - a quem só resta o uso de embargos de terceiro, cujo objeto será substancialmente idêntico ao da ação pauliana (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 442 e 443).

79. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 205; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 200.

A regra, porém, está abrangida por outra regra, mais ampla, decorrente do art. 109 do CPC, que cuida da *alienação da coisa ou do direito litigioso*, examinada no v. 1 deste *Curso*.

É que, pendente processo em que se discuta uma coisa, com fundamento em direito real ou direito pessoal, a alienação da coisa litigiosa vincula o terceiro adquirente (art. 109, § 3º, CPC⁸⁰). O inciso I do art. 790 apenas reforça o que se disse no mencionado § 3º do art. 109, cujo regramento é mais amplo e adequado. O equívoco repete-se no inciso I do art. 792. Correta, portanto, a arguta análise de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira no sentido de que seria melhor revogar o disposto tanto no inciso I do art. 790 quanto no inciso I do art. 792, afinal a matéria está inteiramente regulada, inclusive com superioridade, no art. 109 e seus respectivos parágrafos⁸¹.

Ação real é aquela que tem por causa de pedir próxima a afirmação de direito real.

Já a *ação reipersecutória* é a ação real ou pessoal em que se quer a entrega/restituição de coisa certa que está em poder de terceiro⁸².

A ação de despejo é um bom exemplo, assim como aquela de recuperação de bem dado em comodato.

Na visão de Araken de Assis e Ovídio Baptista, o texto da lei é deficiente, pois ao falar em "ação fundada em direito real" que se contrapõe à obrigacional, não atenta que ela nem sempre se funda em direito real, a exemplo da possessória⁸³. Já Humberto Theodoro Júnior entende que a ação possessória é reipersecutória⁸⁴. De uma forma ou de outra, a ação possessória está abrangida pelo dispositivo, afinal, visa a entrega de coisa.

Como se trata de regra que reforça o que foi dito sobre a alienação da coisa litigiosa, não há muito mais o que dizer. O grande problema é, sem dúvida, saber como conciliar os interesses do credor-exequente com os do sucessor a título singular; principalmente se o terceiro estiver de boa-fé. O tema será examinado com mais profundidade no capítulo sobre a fraude

80. § 3º do art. 109 do CPC: "Estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário".

81. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução de títulos extrajudiciais*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Porto Alegre: Forense, 2007, p. 14.

82. ASSIS, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 206. Em sentido diverso, Lopes da Costa, para quem a ação reipersecutória jamais é ação real: "E, assim, a que tem por fim a entrega ou restituição de coisas certas, com fundamento outro que não seja direito real" (*Curso de Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 4, cit., p. 142). Seguindo Lopes da Costa, ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 205.

83. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 205; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, t. 2, cit., p. 59 e 60.

84. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 206.

e os atos atentatórios à dignidade da justiça, no item dedicado à *fraude à execução*. Isso porque o inciso I do art. 793 contém regra semelhante à do inciso I do art. 790, ora examinado: considera-se *fraude à execução* a alienação ou oneração de bem quando sobre ele pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória. E porque há *fraude à execução*, o bem indevidamente alienado responde pela execução.

Tendo em vista a regra do art. 109, ambos os dispositivos são desnecessários, como se disse, em relação ao art. 790, I, CPC, e será dito, no capítulo próprio, em relação ao art. 792, I, CPC. Talvez o único diferencial do art. 792, I, CPC, seja a previsão expressa do pressuposto subjetivo para a configuração da fraude (*scientia fraudis*), nessa situação, a ser abordado com mais profundidade adiante no capítulo próprio, a saber: a necessidade de averbação da pendência do processo no registro público do bem, que gera presunção absoluta que o terceiro adquirente tinha ciência do ato fraudulento.

Há, porém, quem tente encontrar um sentido para a coexistência dos dois dispositivos.

Ambos falam de ações fundadas em direito real sobre bem transferido para terceiro. Ocorre que, enquanto o art. 790, inciso I, cuida da *execução* fundada em direito real⁸⁵, decorrente de título judicial ou extrajudicial, sobre bem transferido para terceiro ("a título singular"), o art. 792, inciso I, fala da *ação* real em curso, surpreendida com a transferência (ou oneração) do bem demandado para terceiro (em fraude à execução, diz).

Uma corrente doutrinária estabelece que ambos tutelam o atributo da seqüela inerente aos direitos reais, que permite que o seu titular busque o bem de seu domínio em poder de quem quer que seja. Só que o art. 790, I, cuidaria da ineficácia da alienação durante a execução do título judicial (sentença real) ou extrajudicial, e o art. 792, inciso I, da ineficácia da alienação antes da formação de título judicial/real⁸⁶. São normas que tratam da *fraude à execução*. Uma complementaria a outra. Para resguardar a utilidade de ambas, defende-se que a primeira trata da ineficácia de alienações fraudulentas em sede de execução (art. 790 inc. I) e a segunda ainda na fase cognitiva (art. 792, inc. I).

Conforme dito no texto, a diferenciação parece desnecessária, pois, alienada a coisa, na pendência de qualquer processo que a tenha por objeto, conhecimento ou execução, por força do art. 109, § 3º, CPC, o bem está vinculado ao processo, tornando a alienação relativamente ineficaz.

85. Ou "obrigação reipersecutória", trecho do texto normativo que por ora não interessa.

86. Assim, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 206; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 251.

Há, ainda, quem, a exemplo de Zavascki⁸⁷, critique essa tentativa de diferenciação, sob outro argumento. A prevalecer essa tentativa de distinção, seria possível considerar que, quando a transferência se dá antes da sentença, há *fraude à execução* (art. 792, I, CPC), mas não quando se dá exatamente durante a execução (art. 790, I, CPC), não haveria *fraude à execução*, situação que, do ponto de vista lógico, é no mínimo curiosa⁸⁸.

Assim, conclui Teori Zavascki que a sucessão do bem na pendência de execução, prevista no art. 790, inciso I, seria a resultante de falecimento. O "sucessor a título singular" seria aquele que recebe o bem por causa da morte (sucessão *mortis causa*). Já o art. 792, I, trata de alienação *inter vivos*, voluntária, fraudulenta e ineficaz para o processo. E arremata que a interpretação conjugada dos dispositivos faz concluir que seu resultado prático é o mesmo: "A transferência, *mortis causa* ou por ato *inter vivos*, de bem objeto de ação real, não inibe a atividade executiva em favor do credor"⁸⁹.

3.4. Bens alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução ou contra credores (art. 790, V e VI, CPC)

Os incisos V e VI do art. 790 determinam que os bens alienados ou gravados em *fraude à execução* ou *fraude contra credores* (reconhecida em ação própria) respondem pela execução. Esta hipótese é muito importante. Mas exige estudo comparativo das *três espécies de alienação/onerção fraudulenta* existentes em nosso direito: *i*) fraude contra credores (menos grave); *ii*) fraude à execução; *iii*) alienação/onerção de bem já constrito (mais grave).

O estudo do tema é feito em capítulo próprio, dedicado à análise das fraudes e dos atos atentatórios à dignidade da justiça.

4. RESPONSABILIDADE SECUNDÁRIA

4.1. Bens do cônjuge ou companheiro

4.1.1. Consideração introdutória

Sujeitam-se, ainda, à execução, os bens do cônjuge ou companheiro, "nos casos em que os seus bens próprios ou de sua meação respondem pela sua dívida" (art. 790, IV, CPC).

87. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 264 e 265.

88. Crítica essa que não nos parece pertinente, afinal, em ambos os casos haveria a fraude à execução.

89. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 265.

Cabe à legislação cível definir "os casos" em que seus bens vão submeter-se à execução, considerando, sempre, o *tipo de dívida* cobrada e a modalidade de *regime de bens* em vigor.

Partindo dessas premissas, existem três diferentes situações a serem analisadas (considerando o objeto da garantia): *i*) dos bens da quota-parte ("meação") do cônjuge ou companheiro; *ii*) dos bens próprios (particulares).

4.1.2. Dos bens da quota-parte (comunicáveis)

O Código Civil é bastante claro ao determinar que a *quota-parte* do cônjuge (que nem sempre é meação, i.e., metade do patrimônio comum, como esclarece o art. 843, CPC)⁹⁰ responde pelas dívidas contraídas pelo outro em proveito da família. Trata-se de regramento também aplicável ao companheiro.

Há vários artigos a respeito do tema:

"Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:

- I - comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;
- II - obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

Art. 1.644. As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- (...)
- IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

§ 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.

(...)

Art. 1.664. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.

90. MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. "Comentários ao art. 843". *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.206.

Art. 1.666. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns".

A regra geral sobre o tema está prevista nos arts. 1.643 e 1.644 do Código Civil. Ao mesmo tempo em que submete o cônjuge à necessidade de consentimento prévio do outro para a prática de certos atos jurídicos (art. 1.647 do Código Civil; art. 10, *caput*, CPC), a legislação cuidou de especificar alguns atos que podem ser praticados sem a vênua conjugal (art. 1.643 do Código Civil, transcrito acima). Trata-se de atos relacionados à administração da economia doméstica.

*Esta permissão aplica-se a qualquer regime de bens. Cria-se uma presunção legal iure et de iure de que o cônjuge está, nesses casos, autorizado pelo outro cônjuge a contrair dívidas. "Assim, não pode o outro cônjuge alegar a falta de sua autorização, quando ficarem evidenciadas as despesas de economia doméstica, que ele e os demais membros da família foram destinatários. Não se incluem as despesas suntuárias ou supérfluas, ainda que tendo destino o lar conjugal, pois não se enquadram na economia doméstica cotidiana".*⁹¹

O art. 1.644 do Código Civil cria uma regra de solidariedade legal (art. 265 do CC) entre os cônjuges, com relação às dívidas contraídas para os fins de administração da economia doméstica. Como observa Paulo Lôbo, "essa norma, em conjunto com os arts. 1.659, IV, e 1.664, encerram as hipóteses nas quais o patrimônio comum responde por dívidas contraídas por um dos cônjuges".⁹²

A doutrina⁹³ e os tribunais superiores⁹⁴ estabeleceram uma *presunção relativa* de que as transações feitas pelo cônjuge são para ganho familiar, lançando sobre o outro cônjuge o ônus de provar o contrário - incumbindo à esposa, por exemplo, provar que o título serve para saldar a dívida de jogo ou decorre de despesas com a concubina do marido (exemplo: com joias, automóvel etc.).⁹⁵ Cedem à presunção (de que a dívida foi no proveito

91. LOBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. 16, p. 252.

92. LOBO, Paulo. *Código Civil Comentado*, cit., p. 252.

93. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 400; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 269; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 452; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 196.

94. Por exemplo, STJ, 3ª T., RESP n. 38.800/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 15.03.1994, publicado no DJ de 16.05.1994, p. 11.761. STJ, 3ª T., AgrRg no Ag n. 1.082.106/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 04.06.2009, publicado no DJe de 17.06.2009; STJ, 1ª T., n. 787.867/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 06.12.2005, publicado no DJ de 19.12.2005.

95. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 452.

familiar) os casos em que a *dívida decorre de ato ilícito* de um dos cônjuges e os casos de *execução fiscal* de sociedade, quando a responsabilidade recai sobre o sócio-consorte⁹⁶. Nesses casos, cabe ao credor demonstrar que houve favorecimento familiar.

Pode-se, então, estabelecer a seguinte construção acerca do ônus da prova em tais casos: a) quando relativo às dívidas em geral, caberá ao cônjuge que pretenda excluir a sua quota parte da responsabilidade da dívida o ônus da prova, em face da presunção operada pelo Direito civil; b) nos casos de dívidas provenientes de atos ilícitos, tendo em vista a previsão do art. 1.659 do Código Civil, que exclui tais dívidas da quota-parte e casos de dívidas comunicáveis, caberá ao credor a demonstração da reversão em proveito do casal, caso em que será seu o ônus da prova acerca do benefício comum⁹⁷. Assim também o STJ, quando afirmou que: "A meação da mulher só deve responder pelos atos ilícitos levados a cabo pelo cônjuge quando houver prova de que se beneficiou com o produto oriundo da infração, devendo-se ressaltar que o ônus da prova é do credor". (STJ, REsp n. 641.400/PB, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. em 04.11.2004, publicado no DJ de 01.02.2005, p. 436). No mesmo sentido, fazendo referência às dívidas fiscais: STJ, AgrG no Ag n. 1.387.636/SP, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 01.09.2011, publicado no DJe de 09.09.2011).

O direito à quota-parte sobre patrimônio comum assume configuração distinta em cada um dos regimes de bens - o que se observa não só para cônjuges, como também para companheiros, a depender do regime de bens adotado⁹⁸.

No regime de *comunhão parcial*, há três massas patrimoniais: a da mulher, a do marido e a comum. A massa comum é formada pelos bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso, com as observações e ressalvas dos arts. 1.658 a 1.660, CC.

No regime de *separação obrigatória/legal* (art. 1.641, Código Civil), a princípio, não haveria bens comuns. Mas, de acordo com o n. 377 da súmula do STF, há direito à meação (leia-se, quota-parte) dos bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso

96. ZAVASCKI, Teor. Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 269. Assim, STJ, 1ª T., RESp n. 121.235/SP, rel. Milton Luiz Pereira, j. em 20.03.2001, publicado no DJ de 19.11.2001, p. 232.

97. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. "Restrições à atuação processual dos cônjuges à luz do art. 10 do CPC e das influências do código civil". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2013, n. 121, p. 152; FIGUEIREDO, Jones. "Dívidas de cônjuges: diálogo processual com o direito civil". *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. MARQUES, Claudia Lima. (Coord.). São Paulo: RT, 2012, p. 177-178.

98. Salvo contrato de convivência em sentido diverso, o regime de bens da união estável é o da comunhão parcial (cf. art. 1725, CC).

("aquestos")^{99,100}. E o STJ, ao seu turno, passou a decidir que a regra sumulada só se aplicaria aos bens adquiridos "com esforço comum". Mais tarde, estendeu-se o reconhecimento deste direito à quota-parte, nestes termos, ao regime de separação convencional¹⁰¹:

Tudo isso se justifica, porque os cônjuges, ainda que casados sob o regime da separação total, podem unir-se em empreendimento estranho ao casamento, o que caracterizaria sociedade de fato, com ambos colaborando diretamente com capital ou trabalho para aquisição de bens que devem ser considerados comuns.

No regime de *comunhão universal*, comunicam-se todos os bens, presentes e futuros, que formam uma massa comum e indivisível, ainda que adquiridos em nome de um só dos cônjuges, ressalvados aqueles expressamente excluídos por lei (art. 1.668, Código Civil) ou pacto antenupcial.

O regime de *participação final dos aquestos* é híbrido/misto. Durante o casamento, predominam regras do regime de separação total; em caso de dissolução do casamento, predominam regras do regime de comunhão parcial. Então, no curso do casamento, existem duas

99. Rolf Madaleno lembra que a súmula citada já havia afastado, na vigência do Código anterior, o regime coercitivo da completa separação de bens, que só deixava desprotegido o cônjuge que não acumulou, em seu nome, o patrimônio adquirido na sociedade conjugal, apesar de ter concorrido, ainda que moralmente, para o desenvolvimento econômico do seu nubente. Evitava o enriquecimento sem causa de um em detrimento do outro. Mas entende o autor que o Código Civil de 2002 parece ter pretendido excluir a regra sumulada, o que seria retrocesso injustificável. Não considera, porém, que o suposto intento legislativo resistirá às críticas doutrinárias e ao espírito da lei de comunicar aquestos decorrentes do esforço comum. Manter punição deste viés aos sujeitos previstos no art. 1.641 do CC (como idosos, por exemplo), discriminando-os em razão de sexo/idade, violaria os princípios da igualdade e da liberdade. (MADALENO, Rolf. *Do Regime de Bens entre os Cônjuges*. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família e do Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 178,179 e 190). Também assim, DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*, 3ª ed., cit., p. 216-218.

100. Silmara Chinelato faz preciosa observação. Anota que constava no texto originário do Projeto de Lei do Código Civil o complemento "sem comunhão de aquestos", que excluiria, expressamente, o entendimento sumulado do Supremo e os julgados que se seguiram. E assim foi aprovado o dito texto na Câmara de Deputados e no Senado Federal. A expressão só foi suprimida pelo *Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil*, presidida pelo Deputado Ricardo Fiuza, com nítido propósito de manter o entendimento sumulado de comunicabilidade de bens advindos de esforço comum, em repúdio ao enriquecimento sem causa - o que consta expressamente no texto do relatório, mais especificamente no parecer da Emenda nº 251. Apesar disso, entende a autora que o n. 377 da súmula do STF foi editado com base no art. 259, Código Civil/1916 (aplicável à separação convencional), não reproduzido no atual Código Civil, o que justifica sua desconsideração. O art. 259, Código Civil/1916 falava em comunicabilidade dos aquestos em separação convencional (o que fica claro ao dizer que essa regra prevalece "no silêncio do contrato"); o STF estendeu a regra ao regime de separação legal. Hoje, diante da inexistência de dispositivo equivalente no Código Civil-2002, o enunciado n. 377 da súmula do STF perde o sentido, diz a autora, que invoca outro motivo adicional para entender que foi revogada: se houve esforço comum, diz, o bem é comum e os cônjuges são coproprietários, em um vínculo regido pelo direito das coisas ou das obrigações (CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18, p. 291-293). De todo modo, a norma extraída, com base na súmula ou não, será a mesma: comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento sob regime de separação legal.

101. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 411.

massas patrimoniais autônomas: a do marido e a da esposa¹⁰². Não há patrimônio comum, só o patrimônio próprio de cada um (art. 1.673, Código Civil), que abrange aqueles bens que o cônjuge possuía ao casar e aqueles que adquiriu posteriormente.

Para o regime de *comunhão parcial*, há regra especial sobre o tema. Não se comunicam as obrigações anteriores ao casamento (art. 1.659, III, Código Civil), salvo se, de alguma forma, beneficiar o cônjuge que não a tenha contraído (exemplo: para aquisição de enxoval)¹⁰³.

Só as obrigações subsequentes ao casamento se comunicam e, mesmo assim, exclusivamente para: a) satisfazer obrigação assumida por marido ou mulher para atender encargos de família, despesas de administração e as decorrentes de imposição legal; b) dívidas contraídas no exercício da administração do patrimônio comum (art. 1.664 c/c 1.663, § 1º, Código Civil).

Além disso, a obrigação de indenizar por ato ilícito de um cônjuge comunica-se e sujeita o patrimônio comum (e a quota-parte do outro) ao seu adimplemento se houver algum proveito para o casal daí decorrente (do ilícito/dano)¹⁰⁴. Mas só aquelas obrigações que trouxeram benefício para o casal, frise-se (art. 1.659, IV, CC), como, por exemplo, se o dano foi causado no exercício da profissão/atividade que sustenta a família ou incremento o patrimônio familiar¹⁰⁵.

No regime de *comunhão universal*, comunicam-se todas as dívidas posteriores ao casamento (art. 1.667, CC), salvo aquelas expressamente excluídas por lei ou pela vontade dos cônjuges¹⁰⁶. Por elas responde o patrimônio comum. Por outro lado, extinta a comunhão, com a divisão do ativo e do passivo, cessa a responsabilidade comum (art. 1.671, CC).

Na forma do art. 1.668, III, CC, as dívidas anteriores ao casamento não se comunicam. Por elas responde o devedor com seus bens particulares

102. É regime misto, convencional e oriundo da Costa Rica, para, posteriormente, ser adotado em países como Alemanha, França, Espanha, Portugal etc. (MADALENO, Rolf. "Do Regime de Bens entre os Cônjuges". In: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 184).

103. Pensam assim, MADALENO, Rolf. "Do Regime de Bens entre os Cônjuges", cit., p. 168; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 2, cit., p. 417; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 213. Já Maria Berenice Dias entende que, como não há ressalva expressa em lei, nenhuma dívida pretérita se comunica, nem as feitas em função do casamento ou em benefício comum. Para a autora, isso revela assimetria com o regime de comunhão universal, onde existe ressalva de estilo (art. 1.668, III) (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*, 3ª ed., cit., p. 209).

104. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 243 e 244.

105. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 2, cit., p. 416.

106. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 243 e 244; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 213-215.

(o que trouxe para a comunhão), salvo duas exceções: comunicam-se as dívidas contraídas com aprestos ou preparativos de casamento e as que se reverteram em proveito comum (exemplo: a aquisição de imóvel residencial).

Criticável a postura do legislador que torna comunicáveis as obrigações decorrentes de ato ilícito na comunhão parcial (art. 1.659, IV), salvo se revertidas em benefício comum, mas não o fez na comunhão universal (art. 1.668); o legislador foi omissivo e, mais uma vez, assimétrico no regulamentamento destes regimes de bens¹⁰⁷.

Mas, em regra, dívidas anteriores não se comunicam e não têm aptidão de submeter a quota-parte do outro cônjuge. Quando, porém, a penhora recair sobre bem indivisível, "o equivalente à quota-parte (...) do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem" (art. 843, CPC).

4.1.3. Dos bens próprios ou particulares

Os bens próprios ou particulares de cada cônjuge são aqueles comunicáveis, que não entram em qualquer comunhão. Não há direito à quota-parte sobre eles.

Resta identificá-los em cada um dos regimes de bens.

No regime de *separação total*, a regra é a incomunicabilidade de todos os bens presentes e futuros, bem como dos seus frutos e rendimentos (art. 1.687, CC). Mas o n. 377 da súmula do STF e julgados do STJ, como já visto, adotam o entendimento de que se comunicam os adquiridos por "esforço comum", na constância do casamento. E isso vale para o regime de separação legal ou convencional. Todos os outros permanecem incomunicáveis, de modo que não respondem pela dívida contraída pelo outro cônjuge.

No regime de *participação final nos aquestos*, durante o casamento os bens dos cônjuges não se comunicam. Bens adquiridos antes e depois do casamento são particulares (art. 1.673, CC) e só respondem por dívidas posteriores ao casamento contraídas pelo outro cônjuge, se provado que foi revertida em benefício dele (art. 1.677, CC)¹⁰⁸.

No regime de *comunhão parcial*, a regra é a incomunicabilidade dos bens cuja aquisição teve por título causa anterior ao casamento ("bens próprios", portanto) e a comunicabilidade dos adquiridos, a título oneroso, na

107. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*, 3ª ed., cit., p. 209.

108. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 243 e 244.

constância do casamento (art. 1.658 c/c 1.661, CC). Mas existem exceções a esta regra. Não entram na comunhão os bens previstos no art. 1.659, CC. São próprios; particulares do cônjuge (a exemplo daquele recebido por herança ou doação, de uso pessoal, livros, instrumentos de profissão etc.).

Dentre os bens excluídos da união, encontram-se "os proventos do trabalho pessoal do cônjuge" e "as pensões, meio-soldos [metade do soldo do militar reformado], montepios [pensão devida ao herdeiro do servidor falecido] e outras rendas de natureza semelhante" (art. 1.659, VI e VII, Código Civil).

No regime da *comunhão universal*, predominam os bens comuns. Comunicam-se todos os bens presentes e futuros. Só se consideram bens particulares aqueles enumerados no art. 1.668 do Código Civil (tais como os bens de uso pessoal, vencimentos, doado pelo cônjuge com cláusula de incommunicabilidade etc.), bem como aqueles assim definidos em convenção antenupcial¹⁰⁹.

Identificados quais são os bens próprios/particulares do cônjuge, resta definir quando eles respondem por execução de seu consorte.

Todos os bens próprios/particulares do cônjuge somente respondem pela execução proposta contra o outro cônjuge, quando o *cônjuge a quem eles pertencem também for devedor*, o que já revela que se trata de *responsabilidade patrimonial primária*.

É o que ocorre na execução de dívida contraída para fazer frente à *economia doméstica* (que abrange alimentação, vestuário, lazer etc), que, por lei, obriga solidariamente ambos os cônjuges, conforme o preceito dos arts. 1.643 e 1.644, CC, já examinados¹¹⁰. Ambos são devedores e responsáveis solidários por força de lei.

Segue-se, assim, o sistema examinado no item precedente: o bem do cônjuge do executado, seja ele particular, seja ele pertencente à sua quota-parte, responde pela dívida, basicamente nos casos de solidariedade legal, decorrente de dívida contraída a bem da família ou proveniente de ato ilícito, que também beneficiou a família.

Em desfecho, regra derradeira. Num regime de comunhão parcial, as dívidas contraídas por um cônjuge no exercício da administração do patrimônio comum sujeitam não só bens comuns, como também bens particulares do cônjuge que os administra e os do outro em razão do proveito que houvera auferido (art. 1.663, § 1º, CC).

109. Tudo isso, à luz da ressalva do art. 1.669, Código Civil, que torna comuns os frutos de bens incommunicáveis.

110. Conferir, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 368 e 369.

4.1.4. Da penhora de bens do cônjuge. Mecanismo de defesa

Independentemente do regime de bens do casal ou da natureza do bem constrito (particular ou quota-parte), sempre que a penhora recair sobre imóvel ou direito real sobre imóvel o cônjuge do executado deverá ser intimado (art. 842, CPC¹¹¹). Há necessidade de intimação do companheiro¹¹², se houver prova da união estável nos autos (art. 73, § 3º, CPC).

Feita intimação do cônjuge/companheiro do executado, tem ele duas opções de defesa.

A primeira é impugnação/embargos de executado, meio de defesa típico no procedimento executivo. Cabe quando o cônjuge reconhece que seus bens (próprios ou de sua quota parte) respondem pela dívida, mas pretende discutir a própria dívida e a forma de sua execução.

A segunda é os embargos de terceiro (art. 674, § 2º, I, CPC). Cabem quando o cônjuge acredita que seus bens (próprios ou de sua quota-parte) não respondem pela execução; visam, pois, excluir a constrição a eles imposta, único caso em que se comportará, de fato, como responsável secundário¹¹³.

Vejam, então, que, ainda que intimado da penhora, o cônjuge pode apresentar embargos de terceiro; tudo depende do seu objetivo - questionar a dívida e sua execução ou questionar a sujeição dos seus bens à execução.

A orientação jurisprudencial, já consolidada, tornou-se definitiva com o n. 134 da súmula do STJ: "Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação"¹¹⁴.

O cônjuge possui, assim, dupla legitimidade, podendo valer-se de embargos/impugnação de executado ou de embargos de terceiro, a depender de suas necessidades¹¹⁵.

111. Art. 842 do CPC: "Recaído a penhora sobre bem imóvel ou direito real sobre imóvel, será intimado também o cônjuge do executado, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens".

112. MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. "Comentários ao art. 843". *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.206.

113. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *O Responsável Executivo Secundário*. São Paulo: Quartier Lantin, 2006, p. 211.

114. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 84; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 456; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 97; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 243; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 1.201 e 1.202; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 270 e 271.

115. Deve ser tolerante o juiz, no entanto, se a defesa da quota-parte se der por embargos/impugnação de executado. Em nome da instrumentalidade das formas, deve ser recebido como embargos de

A regra estende-se à união estável que, por força do art. 1.725, CC¹¹⁶, rege-se, salvo contrato escrito em sentido diverso, pelo regime da comunhão parcial. Nesse caso, qualquer controvérsia acerca da existência da união estável deve ser resolvida incidentalmente, na própria execução¹¹⁷.

Utilizados embargos de terceiro para excluir a quota-parte do cônjuge ou companheiro, entende-se que deve ser excluída a quota-parte de cada bem e, não, da totalidade do patrimônio¹¹⁸. Se algum bem for indivisível, deve ser penhorado e alienado, entregando-se ao cônjuge do executado metade do valor obtido, cf. art. 843 do CPC: "Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do (...) cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem."

4.2. Bens do sócio, nos termos da lei (art. 790, II, e art. 795, CPC)

As sociedades têm personalidade jurídica própria, que não se confundem com aquela dos seus sócios/acionistas (art. 20, CC de 1916). Assim, em regra, respondem pelas obrigações sociais com seu próprio patrimônio, e não com o dos seus instituidores.

Mas existem exceções a essa regra.

A primeira exceção diz respeito à "sociedade em comum" (sociedade irregular, de fato ou a não-personificada)¹¹⁹. Tratando-se de sociedade em comum (art. 986, CC), todos os sócios respondem pessoalmente, de forma solidária e ilimitada, pelas obrigações sociais (art. 990, CC¹²⁰).

A segunda exceção diz respeito às sociedades regularmente constituídas, mas cuja personalidade jurídica e o respectivo patrimônio autônomo

terceiro. E o mesmo deve ocorrer na situação inversa (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 271).

116. Art. 1.725 do Código Civil: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

117. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, cit., p. 1202 e 1203.

118. Assim, ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 269; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 454.

119. "A distinção entre sociedade irregular e sociedade não personificada consiste em que essa é uma sociedade regularmente constituída, mas ainda não inscrita no registro de pessoas jurídicas, enquanto aquela é sociedade em que seu ato constitutivo não pode ser registrado por vício insanável. Diferença ainda da chamada sociedade de fato, uma vez que essa se caracteriza por não ter natureza jurídica, mas, por ser grupo de pessoas que, embora desenvolvam atividade com objetivo comum, não têm intenção de sociedade". (MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 26.)

120. Art. 990 do Código Civil: "Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade".

são utilizados pelos seus sócios, de forma abusiva ou fraudulenta, para satisfazer seus interesses ou obter vantagens particulares. Beneficiam-se à custa de terceiros, o que justifica que se desconsidere a pessoa jurídica, para responsabilizar pessoalmente o sócio que obteve o benefício indevido. É o caso da desconsideração da pessoa jurídica, consagrada, por exemplo, no art. 50 do Código Civil¹²¹. Nesse caso, a obrigação é considerada como se fosse do sócio, e não da sociedade empresária - ressalvada a possibilidade de desconsideração inversa.

Há, ainda, uma terceira situação excepcional. Em determinados tipos de sociedade, por imposição legal, o patrimônio pessoal dos sócios responde pelas obrigações sociais, independentemente de desconsideração da pessoa jurídica.

Existem muitos exemplos de responsabilidade direta do sócio, que prescindem e dispensa a aplicação da teoria da desconsideração. Mas essa responsabilidade, que é, invariavelmente, subsidiária (só na ausência de patrimônio da sociedade, cf. 795, CPC), opera-se em graus distintos, considerando o tipo de sociedade¹²²:

- a) na *sociedade cooperativa*, segue-se o art. 1.095, §§ 1º e 2º, CC¹²³;
- b) na *sociedade simples* (sem caráter empresarial), a responsabilidade do sócio depende de previsão no ato constitutivo (arts. 1.023¹²⁴ e 997, VIII, ¹²⁵ do CC);
- c) na *sociedade em nome coletivo*, os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 1.039, CC¹²⁶);

121. Art. 50 do Código Civil: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

122. Conferir, sobre o tema, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *O Responsável Executivo Secundário*. São Paulo: Quartier Lantin, 2006, p. 197 ss.

123. Art. 1.095 do Código Civil: "Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada. § 1º É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações. § 2º É ilimitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais".

124. Art. 1.023 do Código Civil: "Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária".

125. Art. 997 do Código Civil: "A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...) VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais".

126. Art. 1.039 do Código Civil: "Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um".

d) na sociedade em comandita simples, os comanditários respondem solidária e ilimitadamente, mas os comanditários só se obrigam pelo valor de sua quota (art. 1.045, CC¹²⁷);

e) na sociedade limitada, a responsabilidade do sócio é limitada ao valor de sua quota e não-solidária, pois só responde pela parcela do capital que integralizou. Mas, enquanto o capital não for totalmente integralizado, os sócios respondem solidariamente pelo que falta para complementá-lo - para inteirar o capital subscrito (art. 1.052 do CC)¹²⁸;

f) nas sociedades anônimas, cada sócio/acionista só se obriga pelo "preço da emissão das ações que subscrever ou adquirir" (art. 1.088, CC). O acionista comum não se responsabiliza por dívida da pessoa jurídica. Mas acionistas controladores e diretores podem responder

127. Art. 1.045 do Código Civil: "Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota. Parágrafo único. O contrato deve discriminar os comanditados e os comanditários".

128. Em razão da importância do tema, convém apontar a divergência doutrinária que surgiu, após a edição do Código Civil, sobre a responsabilidade do sócio que não integralizou as cotas sociais na sociedade limitada (art. 1.052 do CC). Se o sócio tiver integralizado sua participação no capital social, não será chamado para responder por dívidas negociais da sociedade. O sócio pode ser responsabilizado se qualquer um dos demais não tiver integralizado sua parcela no capital social: o valor do capital social subscrito e não-integralizado é o limite da responsabilidade do sócio na sociedade limitada. A dívida é a seguinte: qualquer credor pode exigir a responsabilidade do sócio, mesmo em execução individual, ou esta legitimação é exclusiva da massa falida, portanto, em execução coletiva? Modesto Carvalhosa defende que qualquer credor pode exigir a responsabilidade do sócio pelo capital subscrito e não-integralizado. Verificadas a insuficiência dos bens da sociedade e a não-integralização do capital, os bens dos sócios poderiam responder pela dívida social, dentro daquele limite, mesmo em execução singular. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil - parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195)*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13, p. 13-15. Cf., ainda, com a mesma opinião: LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 202-203; CAMPINHO, Sérgio. *O direito da empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142-143). Fábio Ulhoa Coelho trilha outro caminho, com argumentos bem impressionantes. Parte da premissa de que a responsabilidade do sócio, na sociedade limitada, é sempre subsidiária. Assim, antes de atacar o patrimônio dos sócios numa demanda executiva, é necessário que constate a ausência de bens sociais bastantes para "cobertura" daquele passivo. Trata-se, como afirma, de questão atinente ao direito falimentar. Ora, se a sociedade não tem bens suficientes para pagar o débito, encontra-se em estado jurídico de insolvência; impõe-se, então, a decretação da falência, com lastro no art. 2º, I, da Lei Falimentar. Constatada, posteriormente, a ausência da integralização por parte de um, alguns ou todos os sócios, o síndico deverá aforar a denominada "ação de integralização" do art. 50 da Lei Falimentar em face de qualquer um dos sócios (ou de alguns, ou, quiçá, de todos), para que este realize as entradas as quais estava compelido. Seria o único meio processual existente para impor aos sócios da sociedade limitada a responsabilidade pelo capital social subscrito e não integralizado. Nenhum credor individualmente poderia pretender a responsabilização do sócio, eis que o direito caberia exclusivamente ao concurso de credores. Se permitisse a execução em face do sócio, para atacar o patrimônio deste na quantidade faltante de integralização, estar-se-ia privilegiando este credor em detrimento dos demais, o que macularia princípios comezinhos do concurso de credores. É fundamental, segundo esta concepção, que a massa falida obtenha título executivo contra o sócio. Sucede que, "realizada a construção judicial, suspende-se essa execução, no aguardo do desenvolvimento do processo falimentar", pois, em razão da subsidiariedade, a venda judicial dos bens dos sócios não pode ser realizada antes da completa realização do ativo da sociedade falida. (COELHO, Fábio Ulhoa. *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-18).

com seu próprio patrimônio, desde verificadas circunstâncias legais (art. 117 e art. 158, I e II, ambos da Lei n. 6.404/1976).

g) na sociedade em comandita por ações, aplicam-se regras da sociedade anônima, com as ressalvas do art. 1.091, CC;

h) na sociedade em conta de participação, não há responsabilidade secundária e subsidiária dos sócios. Ambos respondem primariamente pelas dívidas por si contraídas: o sócio ostensivo, pelas dívidas que contraiu com terceiros; o sócio oculto responde por dívida própria, assumida perante o sócio ostensivo, no ato constitutivo.

i) nas sociedades de advogados, segue-se o art. 17 da Lei n. 8.906/1994.¹²⁹

A partir deste sistema normativo, o inciso II do art. 790 do CPC determina que bens do sócio podem ser executados, por dívidas da sociedade, na forma da lei civil e do respectivo ato constitutivo.

Atribui-se responsabilidade patrimonial direta ao sócio, nas hipóteses em que a própria lei, ao determinar o regime jurídico do tipo societário, já imputa ao sócio a responsabilidade por dívidas da pessoa jurídica. Trata-se de regra processual "em branco", pois remete ao regramento do tema pelo Direito material.

Nada tem a ver esse inciso com a aplicação da *desconsideração da personalidade jurídica*, que é uma sanção aplicada ao sócio, uma vez verificada a ocorrência de ilícitos que a autorizem (art. 50 do CC, por exemplo)¹³⁰⁻¹³¹. A responsabilidade do sócio pela dívida da sociedade, a partir da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, será examinada mais à frente, encontrando-se disciplinada nos arts. 790, VII, e 795, § 4º, CPC.

O art. 795, caput e § 1º, do CPC, por sua vez, estabelece um *benefício de ordem* para o sócio (*beneficium excussionis personalis*) que vê seus bens

129. Art. 17 da Lei n. 8.906/1994: "Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer".

130. Discorda ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª ed., cit., p. 206.

131. "Na verdade, não se pode falar em desconsideração da personalidade jurídica, quando pela lei já existe uma previsão expressa de responsabilidade direta do sócio. Em tal caso, a obrigação é originariamente do sócio, mesmo que tenha praticado o ato na gestão social. A teoria da *disregard* não foi concebida visando a esse tipo de responsabilidade solidária ou direta, mas para aqueles casos em que a pessoa jurídica se apresenta como um obstáculo a ocultar os verdadeiros sujeitos do ato fraudulentamente praticado em nome da sociedade, mas em proveito pessoal do sócio. Se o sócio ou controlador, pelos atos de gestão, se apresentar, por regra legal, como responsáveis pelo prejuízo acarretado à pessoa jurídica ou a terceiros, não há lugar para desconsideração alguma. Justamente por se considerar a personalidade da sociedade é que ela poderá cobrar a indenização do prejuízo que lhe causou o mau administrador. (...) Para se cogitar da desconsideração é preciso que o sócio não possa ser alcançado senão afastando-se o véu da personalidade jurídica. O negócio tem de ser camuflado de tal modo que não se chegue ordinariamente à responsabilidade do sócio" (THEODORO JR., Humberto. "Partes e terceiros na execução". *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 266).

submetidos à execução, nos seguintes termos: "Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei. § 1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade". Também assim, o art. 1.024, CC: "Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais". Daí se constata que a responsabilidade da sociedade é principal e a dos sócios, subsidiária. Só na ausência de bens da sociedade, é possível partir-se para o patrimônio particular de seu sócio¹³². Relembre-se, porém, que, na sociedade em comum, o sócio que contratou em nome da sociedade não tem esse benefício de ordem (art. 990 do CC).

Alguns esclarecimentos de Direito material.

Quando se diz que a responsabilidade do sócio é subsidiária, é no sentido de que se segue à responsabilidade da própria sociedade¹³³.

Quando se fala em limitação da responsabilidade, referimo-nos à responsabilidade subsidiária. Nos casos previstos em lei, os sócios respondem pelas obrigações sociais, subsidiariamente, de forma limitada (como na sociedade limitada¹³⁴ e a anônima¹³⁵) ou ilimitada (como ocorre com a sociedade em nome coletivo e com o sócio comanditado na sociedade em comandita simples)¹³⁶.

Mas os atos executivos só poderão ser "redirecionados" para o patrimônio do sócio, mediante contraditório prévio. O STF, em orientação seguida pelo STJ, entende que o sócio deve ser citado, preliminarmente, em nome próprio, da responsabilidade que lhe foi imposta. E como parte, deverá defender-se por impugnação/embargos de executado, não havendo que se falar em embargos de terceiro¹³⁷, salvo se, não-citado, usar os embargos de terceiro, que devem ser admitidos, ao menos em nome da instrumentalidade das formas¹³⁸.

132. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 447 e 448.

133. Quando a lei diz que é solidária a responsabilidade dos sócios refere-se à relação entre eles. É o que ocorre, por exemplo, na sociedade em nome coletivo (art. 1.039, do Código Civil), na sociedade em comandita simples, para os comanditados (art. 1.045, do Código Civil) etc. Isto é, se um sócio descumprir a obrigação, ela poderá ser exigida dos demais solidariamente, na forma da lei.

134. Os sócios respondem até o limite do total do capital social não-integralizado.

135. O acionista responderá até o limite do valor não-integralizado da parte do capital social que ele subscreveu.

136. Já a responsabilidade pessoal da sociedade por suas obrigações, bem como a responsabilidade pessoal do sócio por seus atos, é ilimitada. *Toda a responsabilidade pessoal é ilimitada*.

137. ZAMASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 267. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 491 e 492. ASSIS, Araken de, *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 208.

138. STJ, 1ª T., REsp n. 75.337/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, J. em 04.12.1995, publicado no DJ de 04.03.1996, p. 5.379.

O § 2º do art. 795¹³⁹ complementa a regra, dispondo que cumpre ao próprio sócio, devidamente citado, alegar este benefício (*beneficium excussionis personalis*) e nomear bens da sociedade, situados na mesma comarca (livres e desembaraçados) e suficientes para pagar a dívida.

A lei refere-se a bens localizados na mesma comarca; se a sociedade não possui bens no local da execução, não parece justo prejudicar o credor com a demora inerente à busca de bens sociais penhoráveis em outra comarca. "O privilégio concedido ao sócio não pode ir ao ponto de complicar o credor. A situação de ordem prática deve prevalecer sobre a abstração de ordem legal entre sociedade e seus sócios"¹⁴⁰.

É possível, porém, fazer uma atualização dessa regra. Atualmente, permite-se que a penhora feita "à distância", sem necessidade de expedição de carta precatória.

Por exemplo, o § 1º do art. 845 permite penhora à distância nos casos de bem imóvel ou veículo automotor, onde quer que se encontrem. Basta que se apresente a certidão da matrícula do imóvel ou a certidão de existência do veículo, que a penhora se realizará por termo nos autos.

O objetivo da regra do § 2º do art. 795 do CPC é proteger o credor, como se disse. Se a penhora será feita por termo do escrivão, como permite o § 1º do art. 845, não há qualquer embaraço adicional à efetividade do direito do exequente, devendo-se proteger, assim, o direito do sócio à ordem na execução. Trata-se de interpretação em conformidade com o princípio da menor onerosidade da execução (art. 805, CPC).

Vê-se, ademais, que o dito benefício se enquadra como exceção, matéria de defesa que não pode ser conhecida de ofício pelo juiz e que deve ser arguida pelo sócio na primeira oportunidade que falar nos autos, sob pena de preclusão e renúncia tácita da prerrogativa. O benefício de ordem é instituído por norma dispositiva e é, por isso, *renunciável*¹⁴¹ (tácita ou expressamente). Nada impede que o sócio indique bem de sua propriedade à penhora, quando ocorrerá a preclusão lógica do seu direito de invocar o benefício, em respeito ao princípio da boa-fé processual.

Junto a isso, o art. 795, § 3º¹⁴², garante que o sócio cujos bens vierem a responder pela execução, pagando a dívida, possa executar a sociedade

139. § 2º do art. 795 do CPC: "Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembaraçados, bastem para pagar o débito".

140. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 492.

141. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11. ed., cit., p. 208.

142. § 3º do art. 795 do CPC: "O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo".

devedora nos mesmos autos. Isso porque o sócio, cumprindo a obrigação, se sub-roga no lugar do credor.

Tratando-se de sociedade em comum (sociedade irregular, de fato ou não-personificada), vimos, todos sócios respondem primariamente, de forma solidária e ilimitada, sendo excluído do benefício de ordem aquele que contratou pela sociedade (art. 990, CC).

O benefício de ordem, mencionado no art. 795 do CPC, aplica-se aos casos em que o sócio, juntamente com a pessoa jurídica, é também responsável pela obrigação, limitada ou ilimitadamente (790, II, CPC). Nesses casos, uma vez executado o sócio, que é responsável, poderá ele requerer primeiro sejam executados os bens da sociedade para que, só então, em caso de insucesso na satisfação do crédito, sejam os seus bens próprios sujeitos à execução.

É impertinente discutir benefício de ordem (art. 795 do CPC) na desconsideração da personalidade jurídica¹⁴³⁻¹⁴⁴. É irrelevante que a pessoa jurídica tenha ou não bens passíveis de ser executados. Na desconsideração, reputa-se o ato praticado pelo sócio, ou outra sociedade do mesmo grupo, que deverá responder, isoladamente, pela obrigação.

A relação entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade patrimonial do sócio será examinada no item seguinte.

4.3. Desconsideração da personalidade jurídica e seus aspectos processuais

O CPC-1973 não tratava da desconsideração da personalidade jurídica. O CPC-2015 trata do tema, regulamentando o incidente próprio, nos arts. 133-137, como uma das modalidades de intervenção de terceiros.

O tema já foi devidamente abordado no v. 1 desse Curso, no capítulo dedicado à intervenção de terceiros. No presente capítulo, o objetivo é unicamente tratar dos dispositivos que regram a matéria no âmbito da execução (arts. 790, VII, e 795, § 4.º, CPC).

A desconsideração da personalidade jurídica se opera nos casos em que a personalidade jurídica e patrimônio autônomo de sociedades

regularmente constituídas são utilizados, de forma abusiva ou fraudulenta, pelos seus sócios, para satisfazer seus interesses ou obter vantagens particulares. Beneficiam-se à custa de terceiros, o que justifica que se desconsidere a pessoa jurídica, para responsabilizar pessoalmente o sócio (ou a sociedade, se desconsideração inversa¹⁴⁵) que obteve o benefício indevido.

Cumpra ao Direito processual criar os mecanismos para efetivá-la. É preciso, portanto, processualizá-la. Para tanto, o CPC previu um incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133-137, CPC), já comentado no capítulo de intervenção de terceiros do v. 1 desse Curso, como dito.

Importa, aqui, tecer poucas considerações.

O art. 790, VII, CPC, estabelece que, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, também se submetem à execução os bens do responsável (sócio ou, se desconsideração inversa, sociedade).

Não se deve falar em desconsideração da personalidade jurídica quando o sócio já for responsável pela dívida societária, de acordo com o regime de responsabilidade patrimonial do tipo de sociedade de que faz parte (limitada ou ilimitada, por exemplo), como já visto no item anterior, em comentários ao art. 790, II.¹⁴⁶

Além disso, não cabe discutir benefício de ordem (art. 795, § 1.º, do CPC) na desconsideração da personalidade jurídica, como visto acima. Não importa se a pessoa jurídica tenha ou não bens passíveis de serem executados. O sócio responde sozinho.

Por fim, a desconsideração da personalidade jurídica obrigatoriamente deverá ocorrer por incidente previsto nos arts. 133-137, CPC (cf. art. 795, § 4.º, CPC), que poderá se instaurar em qualquer fase do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial (art. 134, caput, CPC).

145. A desconsideração inversa da personalidade jurídica se configura com o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. Admite-se, por ex., nos casos em que o cônjuge ou companheiro faz uso de pessoa jurídica que controla, para subtrair do outro cônjuge ou companheiro bens que compõem a sociedade afetiva entre eles.

146. Adotamos, como se percebe, a concepção de Fábio Ulhoa Coelho. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 42-43.

143. Dando a mesma aplicação a regra, THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 41ª ed., v. 2, cit., p. 203; MADALENO, Rolf. "Do Regime de Bens entre os Cônjuges", cit., p. 194 e 195.

144. Discorda-se, assim, do posicionamento segundo o qual na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, deve ser observado o disposto no art. 795 do CPC (BRUSCHI, Gilberto. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 93-94; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Execução, cit., p. 257; SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil, v. 1, t. 2, cit., p. 60 e 61.

do CC, que cuida da responsabilidade *extracontratual*. Assim, não há de falar-se em responsabilidade civil subsidiária e equitativa. Os seus pais serão seus responsáveis solidários (art. 932, I, CC)¹⁹⁹.

Para que se possa constringer o patrimônio do incapaz, é preciso que a sentença tenha sido proferida contra ele. O título executivo deve identificar o incapaz como o devedor, o que ocorrerá após a verificação dos pressupostos de sua responsabilidade. Não é possível que, em uma execução contra os pais do incapaz, não encontrando patrimônio suficiente, já se passe à execução do patrimônio do incapaz, não tendo o título sido formado contra ele²⁰⁰. É possível, portanto, incluir o incapaz já no processo de conhecimento, em litisconsórcio eventual, semelhantemente à hipótese da descon sideração da personalidade jurídica, já examinado.

O art. 896 do CPC²⁰¹ estabelece um procedimento especial de execução de bem de incapaz.

CAPÍTULO 9

Fraude contra credores, fraude à execução e atos atentatórios à dignidade da justiça

Sumário • 1. O princípio da boa-fé na execução – 2. Noções iniciais sobre a fraude na execução – 3. Fraude contra credores – 4. Fraude à execução: 4.1. Generalidades; 4.2. Pressupostos; 4.3. Pressuposto subjetivo: *scientia fraudis* pelo terceiro adquirente – 5. Quadro comparativo – 6. Averbação da execução no registro de bens do devedor (art. 828, CPC) – 7. Atos atentatórios à dignidade da justiça: 7.1. Considerações prévias: os poderes do juiz na execução (arts. 772-774, CPC); 7.2. *Contempt of court* na execução.

1. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA EXECUÇÃO

No v. 1 deste *Curso*, viu-se que o princípio da boa-fé processual, corolário do devido processo legal e previsto no 5º, do CPC, decorre de uma *cláusula geral processual*.

A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta.

É que a infirmitude de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o art. 5º do CPC é suficiente, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral.

A execução é solo fértil para a prática de comportamentos contrários ao princípio da boa-fé. Não é por outra razão que há tempos existe rigoroso sistema de combate à fraude na execução, com institutos consagrados e muitos estudados como a *fraude à execução* e a *fraude contra credores*.

É preciso avançar um pouco mais, contudo. A proteção da boa-fé na execução não se faz apenas com a aplicação de institutos típicos, como a fraude à execução e a punição por ato atentatório à dignidade da justiça. A cláusula geral da boa-fé processual permite que se identifiquem *ilícitos*

199. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade civil*, cit., p. 410.

200. FERREIRA, William Santos. "Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz". Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 364 e ss.

201. Art. 896 do CPC: "Art. 896. Quando o imóvel de incapaz não alcançar em leilão pelo menos oitenta por cento do valor da avaliação, o juiz o confiará à guarda e à administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo não superior a 1 (um) ano. § 1º Se, durante o adiamento, algum pretendente assegurar, mediante caução idônea, o preço da avaliação, o juiz ordenará a alienação em leilão. § 2º Se o pretendente à arrematação se arrepender, o juiz impor-lhe-á multa de vinte por cento sobre o valor da avaliação, em benefício do incapaz, valendo a decisão como título executivo. § 3º Sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º, o juiz poderá autorizar a locação do imóvel no prazo do adiamento. § 4º Findo o prazo do adiamento, o imóvel será submetido a novo leilão".

atípicos¹ na execução, que se subsomem à proibição do abuso do direito, como, por exemplo, o *venire contra factum proprium*.

A proteção da boa-fé na execução possui, portanto, instrumentos típicos para a sua efetivação, que não exaurem, porém, o arsenal normativo existente para o combate à deslealdade processual.

Este capítulo dedica-se ao estudo dos instrumentos típicos de proteção da boa-fé na execução. Ao longo de todo o livro, será demonstrado como a cláusula geral da boa-fé processual deve ser aplicada para impedir ou punir comportamentos desleais atípicos (p. ex.: na alegação pelo executado de impenhorabilidade de bem por ele mesmo oferecido, comportamento contraditório que se deve reprimir).

2. NOÇÕES INICIAIS SOBRE A FRAUDE NA EXECUÇÃO

De acordo com o princípio da responsabilidade patrimonial, todos os bens do devedor (presentes e futuros) respondem pela obrigação.

Tais bens permanecem, contudo, na esfera de disponibilidade do devedor, que é seu proprietário. O Direito lhe assegura os poderes de uso/gozo/disposição, na forma que lhe convier² (artigo 1.228, Código Civil).

Como impedir, então, que o devedor promova alienações/oneirações fraudulentas (ou, até mesmo, simuladas³) de seus bens para terceiros, em prejuízo da satisfação dos seus credores?

O legislador brasileiro optou por construir um sistema de controle da disponibilidade dos bens do devedor, assegurando-lhe o direito de livre administração/disposição, desde que não cause danos aos seus credores⁴.

Busca-se, assim, um *equilíbrio* entre a necessidade de proteger o credor e a necessidade de permitir que o devedor siga administrando seu patrimônio, preservando sua liberdade no tráfego jurídico-econômico⁵.

1. Consideram-se ilícitos atípicos o abuso de direito, a fraude a lei e o desvio de poder. A propósito, vale conferir: ATENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, passim. Evidentemente, dentro dos limites impostos pela função social da propriedade (art. 1.228, §§ 1º e 2º, CC, e art. 5º, XXIII, CF).

2. A respeito das divergências e convergências semânticas e dogmáticas da fraude e simulação, conferir: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95-107 e 134-135; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 463-464. Ver, também, a proposta, a análise do art. 966, III, CPC, feita no capítulo sobre ação rescisória, no v. 3 deste Curso.

3. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 44 e 45; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 79.

4. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 259.

É o quanto estabelecido pelo princípio da *limitação da disponibilidade dos bens do devedor* que complementa e dá eficácia ao princípio da responsabilidade patrimonial. De nada adiantaria dizer que o patrimônio do devedor é garantia do credor se o devedor estiver arruinado, sem qualquer bem que integre seu patrimônio.

Para que a ruína do devedor não faça desaparecer essa garantia, a lei limita a esfera de negociação dos seus bens. Desaprova atos de alienação e oneração que causem dano aos seus credores, por não restarem em sua esfera patrimonial outros bens que bastem para satisfazer suas dívidas. São qualificados, por lei, como atos fraudulentos⁶.

A fraude é uma das diversas condutas contrárias à boa-fé. É negação da boa-fé; consiste, enfim, em conduta repudiada no âmbito das relações negociais. Pode ser definida como a manobra ilegal, que lesa interesses legítimos do credor.

A fraude do devedor é expressão que se refere a uma categoria ampla que abrange três diferentes figuras: a) *fraude contra credores*; b) *fraude à execução*; e c) *os atos disposição de bem já constrito*⁷.

3. FRAUDE CONTRA CREDORES

A *fraude contra credores* é instituto de Direito material, regrado pelo Código Civil, que revela grande interesse para o Direito Processual; diz respeito à responsabilidade patrimonial e pode repercutir na execução⁸.

Trata-se de expediente usualmente empregado pelo devedor endividado, destinado a aumentar seu passivo (conjunto de dívidas e obrigações de uma pessoa), de modo que venha a superar o ativo (totalidade dos bens de uma pessoa, incluindo dinheiro, créditos, mercadorias, imóveis, investimentos); o devedor, para livrar-se de suas dívidas, reduz seu ativo, indevidamente, tornando-se insolvente. Nessa mesma situação, enquadra-se o devedor que já é insolvente e resolve "ampliar" essa insolvência, ou seja, o devedor insolvente, que deve mais do que tem (CPC-2015, art. 1.052, c/c CPC-1973, art. 748), está assoberbado de compromissos e a saída por ele

6. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 47; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 105 ss.

7. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371.

8. Exatamente por isso o art. 790, VI, CPC, prevê que também respondem pela execução os bens do devedor cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido invalidada por fraude contra credores reconhecida em sede de ação autônoma.

encontrada é reduzir, o seu ativo, que serviria de garantia de pagamento para os seus credores.

Esse desfalque patrimonial pode ocorrer, por exemplo, (a) com a doação de bens para seu filho, (b) com a sua venda a preço vil e simbólico para um "testa-de-ferro", (c) com pagamento de dívida não-vencida para credor quirografário (Código Civil, art. 162)¹⁰, (d) com a concessão de uma garantia para um dos credores, onerando bens que serviriam de garantia para todos (Código Civil, art. 163¹¹), (e) com renúncia à herança ou outros direitos, impedindo o incremento do seu ativo¹², ou (f) qualquer outro negócio que se possa criar com objetivo semelhante¹³.

A partir desses exemplos, é possível observar que o ato fraudulento pode ser: *unilateral* (exemplo: a renúncia à herança) ou *bilateral* (exemplo: venda fraudulenta); oneroso (exemplo: compra e venda) ou *gratuito* (exemplos: doação ou remissão da dívida).

A *fraude contra credores* é, portanto, a diminuição patrimonial do devedor que o conduz à insolvência (ou a agrava)¹⁴, em prejuízo dos seus credores. O seu passivo torna-se maior do que seu ativo, não dispondo de bens para responder pela obrigação.

Na fraude contra credores, não há vício de consentimento. É ato consciente, que corresponde à vontade interior do agente. É vício social, decorrente da desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem jurídica, que repudia atuações fraudulentas¹⁵.

É necessário preenchimento de *dois* pressupostos para a sua configuração, um objetivo e outro subjetivo.

O *pressuposto objetivo* é a exigência de redução patrimonial, que conduza à insolvência ou a agrave. É o «dano» (*eventus damni*) causado

pela fraude. A insolvência é a insuficiência patrimonial do devedor, cujas dívidas superam a importância de seus bens (CPC-2015, art. 1.052, c/c CPC-1973, art. 748).

O *pressuposto subjetivo*, que se costuma invocar em doutrina, é a ciência do devedor de causar dano (*consilium fraudis*)¹⁶.

Discutia-se se a configuração do *consilium fraudis* dependia da demonstração do *animus nocendi* (intenção direta de prejudicar credores). Doutrinas brasileira e estrangeira mais recentes já pacificaram a questão, dispensando a presença do *animus nocendi*. Basta que se revele que o devedor tinha ciência de que o ato por ele praticado provocava ou intensificava seu o estado de insolvência¹⁷.

No entanto, Marcos Bernardes de Mello, inspirado na doutrina de Pontes de Miranda¹⁸ e Clóvis Beviláqua, com mais razão, dispensa totalmente o *consilium fraudis*. Entende não ser elemento essencial que o devedor tenha intenção de fraudar nem consciência de que o está fazendo. O devedor jamais poderia defender-se dizendo desconhecer a consequência dos seus atos, salvo na hipótese do art. 130 da Lei n. 11.101/2005, que cuida da ação revocatória na falência. Para ele, só se exige, tal como a lei e os demais doutrinadores, a consciência da fraude (e, não, a intenção) pelo terceiro beneficiário de atos onerosos (Código Civil, art. 159). É o que chama de *scientia fraudis*¹⁹, pressuposto da fraude contra credores oriunda de atos onerosos praticados pelo devedor.

O trecho final do art. 159 do Código Civil é bastante claro ao exigir a *scientia fraudis* pelo terceiro: "Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a *insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante*".

16. Adverte Marcos Bernardes de Mello que não se deve confundir *consilium* (propósito) com *conculum* (união/reunião), erro cometido usualmente. *Aquele* é a intenção do devedor de causar dano. Esse, por sua vez, é o conluio fraudulento entre devedor e terceiro (fraude bilateral), que é exigido, por exemplo, para configuração de fraude na ação revocatória falencial (Lei n. 11.101/2005, art. 130: "São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratou e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida"; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, 7ª ed., cit., p. 207). Dinamarco e Buzaid, por exemplo, utilizam o termo *consilium* para referir-se ao conluio entre devedor e terceiro (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371 segs.; BUZAI, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 274).

17. Sobre a polêmica, conferir, CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 214-222. Nesse sentido, CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 82; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 539; COELHO Jr., Sérgio. *Fraude à Execução e Garantias Fundamentais do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48 e 49.

18. MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Pontes de. Tratado de direito privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoli, 1970, t. 4, p. 431-433.

19. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, 7ª ed., cit., p. 207 e 208. Assim, MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 42.

9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 537.

10. Art. 162 do Código Civil: "O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu".

11. Art. 163 do Código Civil: "Presumem-se fraudulentários dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor".

12. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*. 7ª ed., cit., p. 206.

13. Embora normalmente os atos fraudulentos tenham como substrato fático a intenção de prejudicar os interesses dos credores, a moderna doutrina caminha no sentido de dispensar a sua prova para a configuração do mencionado vício, conforme adiante será examinado.

14. O ato de redução patrimonial será fraudulento se: i) instalar seu estado de insolvência - devedor era solvente antes do ato; ii) intensificar seu estado de insolvência - já era insolvente antes do ato e suas dificuldades se agravaram. Enfim, deve ser causa de criação ou agravamento de insolvência.

15. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 536-538; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 462 e 463.

O art. 158 do Código Civil também é claro ao não exigir a intenção fraudulenta ou o conhecimento do estado de insolvência como pressuposto para a configuração da fraude contra credores: "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".

Cabe definir a quem incumbe comprovar a existência ou não de fraude, o preenchimento de seus pressupostos objetivo e subjetivo. Como tais pressupostos são fatos constitutivos do direito potestativo do credor de invalidar ou neutralizar (a depender da concepção adotada) a eficácia do negócio jurídico fraudulento, o ônus da prova é, a princípio, do credor (CPC, art. 373).

Mas devem ser apontadas algumas especificidades, que tornam a aplicação da regra geral bastante complicada.

Quando ao *pressuposto objetivo*, a prova da insolvência é indispensável para o reconhecimento da fraude e o ônus de demonstrá-la é do credor. Só há uma redistribuição do ônus da prova, para que recaia sobre o devedor ou terceiro prejudicado o ônus de provar a inexistência de insolvência, se houver uma presunção legal relativa de insolvência, tal como ocorre na hipótese do art. 750 do CPC-1973, c/c art. 1.052, CPC-2015²⁰, se ela for notória (CPC, art. 374, I, c/c Código Civil, art. 159)²¹, ou se configurada a possibilidade de redistribuição judicial e dinâmica do ônus de prova na forma do art. 373, § 1.º, CPC.

No tocante ao *pressuposto subjetivo*, diz-se, tradicionalmente, que se o ato fraudulento foi gracioso, há presunção absoluta de fraude e má-fé (Código Civil, art. 158) em benefício do credor; mas se foi oneroso, é ônus do credor provar que o devedor tinha ciência de produzir dano (*consilium fraudis*) e o terceiro adquirente sabia (conhecimento real ou presumido) da condição de insolvência a que será conduzido com a alienação (*scientia fraudis*) (Código Civil, art. 159). Deveria haver prova de fraude bilateral²². Para Marcos Bernardes de Mello, como se viu, o art. 159 do Código Civil só exige, como elemento essencial, a ciência do terceiro (*scientia fraudis*) e,

20. Art. 750 do CPC-1973: "Presume-se a insolvência quando: I - o devedor não possuir outros bens livres e desembarçados para nomear a penhora; II - forem arremastados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III".

21. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 384 e 385.

22. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 225-229; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 539; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 205.

não, do devedor, e exclusivamente nos negócios onerosos. Como visto, essa é a posição deste Curso.

A repercussão prática disso é que, para a configuração de fraude em negócio gratuito, não se impõe a prova de que o terceiro estava ciente da insolvência, havendo presunção absoluta de fraude e má-fé em benefício do credor. Por sua vez, para a configuração de fraude em negócio oneroso, exige-se do credor prova de que o terceiro tinha ciência da insolvência, ou de que, em razão da situação concretamente apresentada, tinha o terceiro o dever de conhecê-la²³. Não há necessidade de demonstração da intenção ou da consciência da fraude pelo devedor.

Caio Mário explica o motivo da diferenciação de tratamento para o terceiro: "(...) no conflito entre o interesse do credor e o do donatário deve prevalecer o primeiro, porque o credor luta para evitar o prejuízo (...), enquanto o devedor defende apenas a manutenção do lucro percebido (...); mas, se alienação foi onerosa, a aquisição custou ao adquirente uma prestação ou sacrifício patrimonial, e sua posição é idêntica à do credor (...), e, nestas condições, somente deve ceder seu direito e perder o bem por adquirente que seja convencido de cumplicidade na manobra fraudulenta do devedor"²⁴.

Demonstrada a *scientia fraudis*, o adquirente será punido por sua intenção de fraudar ou por sua falta de diligência (dentro dos padrões esperados do homem mediano). O comprador precavido investiga a situação patrimonial do vendedor, consultando o cartório de protestos, órgãos de proteção ao crédito, órgão distribuidor judicial etc.²⁵.

Ao credor lesado, assegura-se a ação pauliana para invalidar (ao menos na literalidade do Código Civil) o ato de alienação/onerção do bem, em razão do vício social que o acomete (fraude contra credores)²⁶. Com isso, promove-se o retorno do bem alienado ao patrimônio do devedor, para que responda pela obrigação²⁷ e pela eventual execução (art. 790, VI, CPC).

A ação pauliana (Código Civil, art. 161) caracteriza-se por:

- a) o direito potestativo de invalidar/neutralizar o ato fraudulento é do credor prejudicado (ou de seus sucessores) que já se revestia da condição de credor ao tempo da alienação/onerção

23. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, cit., p. 207 e 208.

24. PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 539.

25. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 386.

26. Marcos Bernardes de Mello defende que cabe ação revocatória ou declaratória de ineficácia relativa contra atos ligados à falência ou à insolvência civil. Vale conferir (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, cit., p. 215-217).

27. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 205; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 103.

fraudulenta – se se tornou credor após a alienação fraudulenta, já encontrou o patrimônio do devedor desfalcado desde a origem, não tendo, portanto, esse direito potestativo²⁸;

- b) o polo passivo dessa demanda é composto pelo devedor (ou por seus sucessores) e pelos terceiros beneficiados (ou por seus sucessores) com o negócio fraudulento (que pode ser um terceiro adquirente, que recebe um bem em garantia especial, pagamento de dívida não vencida etc.), em litisconsórcio passivo necessário unitário²⁹;
- c) impor ao credor/autor o ônus de provar o dano (*eventus damni*), decorrente do estado de insolvência do devedor;
- d) a consciência do terceiro de causar dano (*scientia fraudis*), que se presume se a alienação for a título gratuito;
- e) segundo os tribunais, reclamar que o credor seja titular de crédito exigível, pois só assim teria interesse-necessidade. Antes da exigibilidade da obrigação, não haveria interesse na ação pauliana. Mas, se proposta depois do vencimento, entende-se que devem ser consideradas fraudes ocorridas antes do seu advento³⁰.

É possível que o credor proponha a ação pauliana antes do vencimento da dívida. Não há, nesse caso, interesse de agir, diante da ausência de exigibilidade da obrigação. Deve, então, o processo ser extinto sem resolução do mérito. Caso, porém, a obrigação torne-se exigível no curso do procedimento, não deverá mais ser extinto o processo sem resolução do mérito, pois o interesse que faltava sobreveio, surgindo a necessidade do provimento jurisdicional postulado. Nessa hipótese, o juiz haverá de aplicar o art. 493, c/c 485, § 3.º, do CPC, levando em conta o fato superveniente que tornou exigível a obrigação, deixando

28. Aqueles que já eram credores antes do ato de diminuição patrimonial irresponsável sofrem o risco de ficarem prejudicados, perdendo a garantia de que aqueles bens do devedor respondam pelo seu crédito. Mas aqueles que só se tornaram credores depois não correm esse risco, pois já sabiam (ou deveriam saber), desde o início, que o patrimônio do devedor estava desfalcado. Daí se dizer que só têm legitimidade para questionar o ato tido por fraudulento, quem se afirme titular de crédito anterior a ele, jamais o titular de crédito que o sucede (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 384).

29. Para Dinamarco, o art. 161 do Código Civil insinua haver legitimidade passiva apenas do devedor, o que, para ele, não tem razão de ser. Partindo do pressuposto de que a fraude conduz à ineficácia do negócio, e que só prejudica o terceiro beneficiado, entende que o devedor não tem um vínculo com o objeto da ação pauliana; somente o terceiro o teria. Mas deixa claro que existem decisões entendendo ser caso de litisconsórcio passivo necessário entre o devedor e o terceiro beneficiado, posição adotada por este Curso (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 388).

30. Assim, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 389.

de extinguir o processo sem resolução do mérito. É que a sentença, como se sabe, deve ser *atual*, sendo proferida de acordo com o conteúdo do momento.

Para muitos, o ato fraudulento é válido, mas é ineficaz para o credor³¹⁻³², posição mais correta e em conformidade com a teoria do fato jurídico. A despeito disso, o Código Civil (arts. 158, 159, 165 e 171), o Código de Processo Civil (art. 790, VI), a jurisprudência³³ e a doutrina³⁴, sobretudo civilista, tratam do tema como caso de *anulabilidade* por vício social.

Há, ainda, doutrina que aponta três espécies de consequência para o ato fraudulento: anulabilidade, ineficácia relativa ou revogabilidade³⁵. Mas para as dívidas civis entende que, em regra, é caso de anulabilidade. A ineficácia relativa seria consequência para atos fraudulentos do falido (Lei n. 11.101/2005, art. 129), que são “relativas” somente aos credores habilitados na falência ou no concurso de credores. Não aproveita outros credores. E fala em revogabilidade perante a

31. LIEBMAN, Enríco Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 106 e 107; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 205; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 101; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371, 374-379; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*. São Paulo: RT, 2005, p. 108; SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 30 e 31; MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*, cit., p. 39 segs.; COELHO JUNIOR, Sérgio. *Fraude à Execução e Garantias Fundamentais do Processo*, cit., p. 54 segs. Alexandre Câmara justifica por que o caso seria de ineficácia: *a) anulabilidade* conduziria à destruição do ato e retorno ao estado anterior (com retorno do bem ao patrimônio do devedor), mas não é isso que ocorre, pois o ato permanece válido para devedor e terceiro (só seria inválido, estranhamente, para o credor, segundo os civilistas) e o bem não retorna ao patrimônio do devedor, mas é alienado e seu saldo é entregue ao terceiro adquirente; *b) invalidade* refere-se sempre a um defeito intrínseco e a fraude contra credores é um vício externo, exterior; *c) caso de ineficácia relativa (ou inoponibilidade)*, pois o ato só é ineficaz para uma terceira pessoa, que não participou do negócio fraudulento (credor); *d) o ato é válido entre devedor, alienante e terceiro adquirente e produz seu efeito programado que é a transferência de propriedade (por isso o saldo da expropriação é do terceiro adquirente), mas o ato não produz seus efeitos secundários, decorrentes de lei – isto é, não é retirado do campo de incidência da responsabilidade do patrimonial do devedor.* (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 2, p. 227-228).

32. A opção pela anulabilidade também é observada na jurisprudência. É o que se despreende do texto do n. 195 da súmula do STJ, que dispõe que “em embargos de terceiro não se anula o ato jurídico, por fraude contra credores”. Com base nesse texto sumulado, não pode o defeito se reconhecido como alegação de defesa nos embargos de terceiro, dependendo de ação própria. Assim, de mera ineficácia não se cuidaria, mas, sim, de anulabilidade a ser reconhecida por ação autônoma (pauliana) (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 259).

33. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 541; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, 7ª ed., cit., p. 211; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 80; BUZARD, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 274; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 47; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 259; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2, p. 61; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 245.

34. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, 7ª ed., cit., p. 21. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 541; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, 7ª ed., cit., p. 211; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 80; BUZARD, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 274; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 47; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 259; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2, p. 61; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 245.

35. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*, 7ª ed., cit., p. 21.

massa falida quando há conluio fraudulento para lesar credores, entre devedor e terceiro (Lei n. 11.101/2005, art. 130).³⁶

4. FRAUDE À EXECUÇÃO

4.1. Generalidades

A fraude à execução é um instituto peculiar ao Direito brasileiro. Na forma aqui prevista, não tem correspondente em outros países³⁷.

Há quem diga que é *fraude contra credores qualificada* (uma especialização ou aspecto dela), como Yussef Cahali³⁸, embora dela se distinga³⁹.

Ambas decorrem do mesmo princípio: a limitação da disponibilidade de bens do devedor, com rejeição a diminuições fraudulentas. A fraude à execução seria uma faceta da fraude contra credores. A fraude à execução desenvolveu-se como instituto autônomo, com características próprias, a partir de agora analisadas⁴⁰.

A *fraude à execução* é manobra do devedor que causa dano não apenas ao credor (como na fraude pauliana), mas também à atividade jurisdicional executiva⁴¹. Trata-se de instituto tipicamente processual⁴².

É considerada mais grave do que a *fraude contra credores*, vez que cometida *no curso* de processo judicial executivo ou apto a ensejar futura

36. De certa forma, o STJ já aplicou esse raciocínio às dividas civis ao afirmar que "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." (STJ, 3ª T., Resp n. 971.884/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 22.03.2011, publicado no DJe de 16.02.2012, publicado no informativo 467).

37. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 467; LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p. 554.

38. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 80.

39. Segundo Alexandre Câmara, essa forma de vê-la só é adequada quando se pensa na hipótese de fraude à execução do 593, II, CPC-1973 (correspondente ao art. 792, IV, CPC-2015), pois aquela prevista no inciso I (correspondente ao art. 792, I, CPC-2015) nada tem a ver com fraude pauliana (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14ª ed., v. 2, cit., p. 230).

40. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 80.

41. BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 274; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 205; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 372.

42. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 93; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 205; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 80. Entendendo tratar-se de instituto de direito privado, sob o argumento de que o direito de crédito do credor é privado e individual, e só ele é violado, SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente*, cit., p. 74 segs. Tende a acolher essa última visão, COELHO JR., Sérgio. *Fraude à Execução e Garantias Fundamentais do Processo*, cit., p. 54 segs.

execução, frustrando os seus resultados. Isso deixa evidente o intuito de lesar o credor, a ponto de ser tratada com mais rigor pelo legislador.

Por frustrar a atividade executiva, de forma mais acintosa, é combatida com contundência pelo legislador, que considera a alienação/onerção do bem para terceiro *ineficaz* para o exequente (CPC, art. 792, § 1º⁴³), sem necessidade de ação própria para neutralizar a eficácia do ato fraudulento⁴⁴.

A fraude pode ser reconhecida incidentalmente no processo executivo, ou alegada como matéria de defesa em sede de embargos de terceiro, opostos pelo beneficiário do ato fraudulento (CPC, arts. 674, § 2º, II⁴⁵, 792, § 4º⁴⁶).

Uma vez reconhecida a fraude e subtraído o bem do terceiro beneficiário, caberá a esse, por ação de regresso contra o devedor, se for o caso, pleitear a restituição do que pagou e uma indenização por perdas e danos eventualmente sofridos⁴⁷.

Diante de sua gravidade e do fato de prejudicar a própria atividade jurisdicional do Estado, admite-se que seja reconhecida de ofício pelo órgão jurisdicional⁴⁸. Entretanto, antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá, de ofício, determinar a intimação do terceiro adquirente, para que, caso queira, oponha embargos de terceiro, no prazo de quinze dias (art. 792, § 4º, CPC), sob pena de nulidade da decisão que decretou a fraude sem atendimento dessa exigência prévia. Nada impede, contudo, que o terceiro beneficiário se manifeste e se defenda nos próprios autos da execução⁴⁹.

43. O dispositivo só menciona ser a alienação ineficaz. Mas a oneração, pelas mesmas razões, também será (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 1075).

44. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 205; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 108; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 93 e 94; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 263.

45. "§ 2º Considera-se terceiro, para ajustamento dos embargos: (...) II - o adquirente de bens cuja constituição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução".

46. "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 15 (quinze) dias".

47. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 81.

48. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 104; MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*, cit., p. 122.

49. Contra, sustentando que terceiro não poderá se defender nos autos do processo, mas, só, terá que entrar com embargos preventivos, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 1.076. Na análise apurada de Araken de Assis, esse prazo de quinze dias para embargar dificilmente assegurará um tempo suficiente para que o terceiro se manifeste nos autos da execução, o exequente seja ouvido e o juiz possa decidir a respeito da fraude e da constituição. Daí concluir que esse prazo é para embargos preventivos, e a posterior constituição do bem autoriza o manejo de embargos de terceiro com função repressiva em até 05 (cinco) dias após o ato de expropriação (cf. 675, CPC) (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 404; assim, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Jus

Exatamente porque é necessária a configuração da má-fé do terceiro beneficiário, exige-se o respeito ao prévio contraditório. Antes do reconhecimento da fraude à execução, é preciso garantir a oportunidade de o terceiro manifestar-se, e demonstrar sua boa-fé (art. 792, § 2.º, CPC), principalmente antes da realização de qualquer ato de expropriação.

Além disso, nada impede que, alegada fraude contra credores, incidentalmente, em embargos de terceiro⁵⁰ ou em ação própria, o juiz, no curso da execução, reconheça a fraude à execução – observada a exigência do art. 792, § 4.º, CPC⁵¹. Enfim, o juiz pode reconhecer, de ofício, a fraude à execução, embora tenha sido alegada a fraude contra credores. Isso sem mencionar a possibilidade de que o credor alegue fraude à execução, nominando-a de fraude contra credores. O *nomen juris* é irrelevante; o importante é que fique demonstrada a prática de ato caracterizador da fraude à execução.

4.2. Pressupostos

4.2.1. Alienação ou oneração na pendência de ação fundada em direito real ou pretensão reipersecutória (art. 792, I, CPC)

O art. 792, I, CPC, dispõe haver fraude à execução quando a alienação ou oneração do bem ocorrer na *pendência de demanda fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória* (que verse sobre obrigação de entrega de coisa, como, por ex., a decorrente do contrato de comodato) que o tenha como objeto, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver.

A alienação/onerção fraudulenta é aquela que recai sobre a coisa litigiosa (a ser entregue).

Recorde-se que tal dispositivo produz regra semelhante à do art. 790, I, CPC, já examinado no capítulo sobre a responsabilidade patrimonial.

Podium, 2016, p. 1.076; contra a possibilidade de embargos repressivos após o prazo de quinze dias, SIOQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*, cit., p. 334. Independentemente de os embargos de terceiro serem preventivos ou repressivos, se visam discutir fraude à execução, o prazo será de quinze dias. Assim, o Enunciado n. 191, FPPC: "O prazo de quinze dias para opor embargos de terceiro, disposto no § 4.º do art. 792, é aplicável exclusivamente aos casos de declaração de fraude à execução; os demais casos de embargos de terceiro são regidos na forma do caput do art. 675".

50. Mas uma alegação de fraude contra credores, em sede de embargos de terceiro, não poderia ser acolhida por força do n. 195 da súmula do STJ, que estabelece que em embargos de terceiros não se anula o ato jurídico por fraude contra credores. Segundo Araken de Assis, não se admite o acolhimento de anulabilidade em ação de cognição sumária (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11.ª ed., cit., p. 246). Mas há controvérsia doutrinária retratada por SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 116 segs.

51. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 104.

A fraude à execução, nessa hipótese do inciso I do art. 792, *independe da demonstração de insolvência*⁵².

Note-se que a regra não está em conformidade com o próprio CPC, pois ignora outra, mais ampla e completa, que é a do art. 109, que cuida da *alienação da coisa ou do direito litigioso*, fenômeno examinado no v. 1 deste Curso. O art. 109 abrange o art. 792, I, pois vincula o terceiro adquirente/cessionário ao resultado do processo (qualquer processo), sem menção à natureza da ação em cujo processo se deu a transferência do bem (CPC, art. 109, § 3º). O art. 792, I, é um mero exemplo de situação fraudulenta, que se subsume à regra geral do art. 109 do CPC. Correta, portanto, a arguta análise de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no sentido de que o melhor seria a pura e simples revogação da regra dos arts. 790, I, e 792, I, tendo em vista que a matéria está devidamente disciplinada, e de forma superior, pelo art. 109⁵³.

Talvez o único diferencial do art. 792, I, CPC, seja a previsão expressa do pressuposto subjetivo necessário para a configuração da fraude (*scientia fraudis*), nessa situação, a ser abordado com mais vagar adiante, a saber: a necessidade de averbação da pendência do processo no registro público do bem – tal como o registro de imóveis, de veículos (art. 120, Lei n. 9.503/1997⁵⁴), de aeronave (art. 72, Lei n. 7.565/1986⁵⁵), de embarcação na capitania dos portos (art. 2.º, Lei n. 7.652/1988⁵⁶⁻⁵⁷) –, que gera presunção absoluta que o terceiro adquirente tinha ciência do ato fraudulento.

52. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 261; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 373, 374, 395 e 396; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 282.

53. ALVARO, Carlos Alberto de. *A nova execução de títulos extrajudiciais*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Porto Alegre: Forense, 2007, p. 14.

54. "Art. 120. Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, no Município de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei".

55. "Art. 72. O Registro Aeronáutico Brasileiro será público, único e centralizado, destinando-se a ter, em relação à aeronave, as funções de: I – emitir certificados de matrícula, de aeronavegabilidade e de nacionalidade de aeronaves sujeitas à legislação brasileira; II – reconhecer a aquisição do domínio na transferência por ato entre vivos e dos direitos reais de gozo e garantia, quando se tratar de matéria regulada por este Código; III – assegurar a autenticidade, inalterabilidade e conservação de documentos inscritos e arquivados; IV – promover o cadastramento geral. § 1º É obrigatório o fornecimento de certidão do que constar do Registro. § 2º O Registro Aeronáutico Brasileiro será regulamentado pelo Poder Executivo".

56. "Art. 2º O registro da propriedade tem por objeto estabelecer a nacionalidade, validade, segurança e publicidade da propriedade de embarcações." "Art. 3º As embarcações brasileiras, exceto as da Marinha de Guerra, serão inscritas na Capitania dos Portos ou órgão subordinado, em cuja jurisdição for domiciliado o proprietário ou armador ou onde for operar a embarcação. (Redação dada pela Lei nº 9.774, de 1998) Parágrafo único. Será obrigatório o registro da propriedade no Tribunal Marítimo, se a embarcação possuir arqueação bruta superior a cem toneladas, para qualquer modalidade de navegação". (Incluído pela Lei nº 9.774, de 1998)

57. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 18 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 399.

Não tendo sido realizado esse registro, será ônus do exequente demonstrar que o terceiro adquirente tinha ciência da pendência da ação (em aplicação analógica do enunciado n. 375, da súmula da jurisprudência dominante do STJ⁵⁸). Todavia, não sendo o bem passível de registro, será ônus do terceiro adquirente demonstrar que estava de boa-fé e que, mesmo adotando todas as cautelas dele exigíveis e esperadas - com exibição das certidões cabíveis, tais como as negativas de débitos e de demandas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem -, não teria como saber da pendência do processo (art. 792, § 2.º, CPC).

4.2.2. Alienação ou oneração na pendência de ação pessoal que verse sobre obrigação pecuniária

4.2.2.1. Pendência de ação capaz de reduzir o devedor à insolvência (art. 792, IV, CPC).

O inciso IV do art. 792 traz hipótese mais ampla de fraude à execução. Há fraude à execução quando, "ao tempo da alienação ou da oneração, tratava-se contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência". Trata-se de hipótese em que se protege crédito pecuniário. A alienação/oneramento fraudulenta não é sobre a "coisa litigiosa", mas sobre qualquer bem penhorável⁵⁹ e que possa ser empregado na satisfação da obrigação pecuniária.

Os pressupostos são i) a exigência de que o ato seja danoso, apto a reduzi-lo à insolvência (*eventus damni*), e ii) que tenha sido praticado na pendência de uma ação contra o devedor (*litispendência*), que pode ser condenatória, cautelar, executiva, penal⁶⁰⁻⁶¹, arbitral⁶², probatória autônoma⁶³ etc.; não há fraude na iminência de processo, só na sua pendência⁶⁴.

58. ASSIM, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 1.077.

59. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 283.

60. Para ação penal, dizem alguns que não basta que ela esteja pendente. Exige-se que já haja sentença penal transitada em julgado (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 284). Mas o processo criminal é lento e entendemos bastar a queixa ou a denúncia para que se enquadre no tipo civil (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 475; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 247).

61. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371 e 390; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 261.

62. Abrangidos estão os processos arbitrais, considerando sua natureza jurisdicional (conferir, a respeito, o capítulo sobre jurisdição do v. 1 deste Curso) e a possibilidade de conduzir a uma condenação. O único cuidado a mais é verificar se o terceiro beneficiário sabia ou tinha como saber da litispendência (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 391).

63. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 1.079.

64. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 474 e 475; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 95; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual*

A citação induz litispendência, para o réu (art. 240 do CPC). Mas já há litispendência para o autor desde o momento da propositura da demanda (art. 312 do CPC; cf., sobre o tema, o capítulo sobre citação no v. 1 deste Curso)⁶⁵. A citação do réu/devedor deixa-o ciente da demanda proposta que possa conduzir à sua condenação. A partir daí (citação), atos de diminuição patrimonial que o reduzam ou possam reduzi-lo à insolvência serão considerados fraudulentos⁶⁶⁻⁶⁷.

Todavia, se houver prova de que o devedor sabia da pendência do processo antes da sua citação, os desfalques patrimoniais anteriores a ela, mas posteriores à propositura da demanda, também deverão ser considerados fraudulentos⁶⁸⁻⁶⁹. Essa ciência se presume, em especial, quando a execução já houver sido averbada no registro de bens (cf. art. 828, CPC)⁷⁰.

É o que se presume no contexto dos incidentes de descon sideração da personalidade jurídica (típica demanda incidental). Diz a lei que a fraude à

Civil, 41ª ed., v. 2, cit., p. 205; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 80.

65. Ver, ainda, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, n. 5.2.2, p. 219-224.

66. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 49; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 281; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 247; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 392; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 145; SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente*, cit., p. 81; MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*, cit., p. 104; CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.753.

67. Com posicionamento diverso, entendendo que o marco inicial para configuração da fraude é a data da distribuição, CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 572 e 574; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 511; BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes Patrimoniais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 92.

68. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 247; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 392; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 145; SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente*, cit., p. 81; MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*, cit., p. 104; CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.753.

69. É a orientação encontrada em decisões do STJ: STJ, 4ª T., Resp 37.011/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 14.09.1993, publicado no Dje 11.10.1993; STJ, 3ª T., Resp 53.756/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 25.10.1994, publicado no Dje 19.12.1994; STJ, 2ª T., Resp 60.519/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 03.04.1997, publicado no Dje 26.05.1997; STJ, 3ª T., Resp 34.860/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 30.11.1993, publicado no Dje 28.02.1994; STJ, 4ª T., Resp 37.931/RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 16.04.1996, publicado no Dje 19.09.1996; STJ, Resp 1.044.823/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª T., Dje de 15.09.2008 e STJ, Resp 1.085.933/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª T., Dje de 26.02.2009; STJ, 2ª T., AgrRg no AREsp 423.989/DF, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 18.08.2015, publicado no Dje 08.09.2015.

70. Assim, STJ, em decisão dada em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, seguindo o procedimento dos repetitivos: "É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC" (que corresponde ao art. 828, § 4º, CPC-2015) (STJ, Corte Especial, Resp n. 956.943/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. em 20.08.2014, publicado no Dje 01.12.2014).

execução se verifica a partir da data da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar, presumindo-se, em absoluto, que, a partir de então, chegaria ao sócio (ou à sociedade, se a desconsideração for inversa) a informação da pendência do processo e da potencialidade do incidente no bojo do qual se pretenderia que fosse ele responsabilizado (art. 792, § 3.º, CPC)⁷¹.

A questão merece tratamento especial na execução fiscal.

A antiga redação do art. 185, CTN, gerava discussões sobre a partir de quando os atos de disposição seriam fraudulentos: do ajuizamento da execução ou da citação do devedor? A doutrina e a jurisprudência se dividiam.

Mas a Lei Complementar n. 118/2005 deu nova redação ao dispositivo, pondo fim às discussões, para presumir fraudulenta a alienação/ oneração feita para esquivar-se do crédito tributário "regularmente inscrito", salvo se inexistir insolvência, é claro. A inovação se justificava em razão do interesse público que reveste os créditos tributários⁷².

Na verdade, a execução fiscal pode ser tributária ou não tributária. O disposto no art. 185 do CTN somente se aplica aos créditos tributários, de sorte que, na execução fiscal tributária, será considerada em fraude à execução a alienação ou oneração feita a partir da inscrição em dívida. Alienado ou onerado o bem após a inscrição em dívida ativa do crédito tributário, passa a haver uma presunção relativa (admitindo, portanto, prova em contrário) de fraude à execução.

A 1ª Seção do STJ, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, seguindo o procedimento dos repetitivos, estabeleceu o seguinte: a) a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n.º 118/2005 (09.06.2005) presume-se em fraude à execução se o negócio jurídico ocorreu após a citação válida do devedor; b) a alienação efetivada após a entrada em vigor da LC n.º 118/2005 (09.06.2005), presume-se *jure et de jure* em fraude à execução se ocorreu após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, não sendo o caso de aplicação do enunciado n. 375 da súmula da jurisprudência dominante do STJ à execução fiscal. Justifica-se esse tratamento diferenciado à fraude relativa a crédito tributário porque prejudica o interesse público de arrecadação de receita que se reverte para a satisfação das necessidades coletivas. (STJ, 1ª Seção, REsp 1141990 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.11.2010, DJe 19.11.2010).

71. Em sentido diverso, adotando a visão de que a citação referida seria a citação do terceiro para o incidente previsto no art. 135, CPC, contra a literalidade do texto normativo, MEDINA, José Miguel García. *Direito Processual Moderno*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1021. Também com entendimento contrário, em nome da segurança jurídica, SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: RT, 2016, p. 320.

72. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 259.

Se o desfalque patrimonial ocorre no intervalo entre o fim da fase de conhecimento e o início da fase de execução, há fraude? Pode-se dizer que, nesse período, há litispendência?

Se o débito não foi saldado voluntariamente, é evidente que há processo pendente para parte. Ele subsiste; perdura para a realização da execução forçada. Só que o início da sua fase executiva está na dependência de iniciativa do credor - art. 513, § 1º, CPC.

É necessária, ainda, a demonstração do *eventus damni*, isto é, que do ato de disposição decorreu um estado de insolvência. Para tanto basta ao credor comprovar que não há outros bens penhoráveis ou que os existentes são insuficientes⁷³. Isso se revela com a devolução do mandado, com certidão do oficial de que não encontrou bens penhoráveis (CPC, art. 836, § 1º). Cabe ao devedor alegar e provar que ainda os têm. Não é razoável impor ao credor a prova diabólica do fato negativo que é a inexistência absoluta de bens penhoráveis⁷⁴.

Se, apesar do ato de disposição, o credor ainda encontra bens para sua satisfação no patrimônio do devedor, não há fraude: a movimentação patrimonial foi lícita. O dano só existe se os bens restantes do devedor não bastarem para a satisfação do credor⁷⁵.

Para Alcides de Mendonça Lima,⁷⁶ não interessa se a demanda era capaz de reduzir o devedor à insolvência (como o dispositivo dá a entender); o que interessa é se o ato fraudulento o conduziu à insolvência.

CC e o CPC cuidam dos atos fraudulentos, mencionando que podem ocorrer de alienação, oneração (o que abrange a venda, doação, hipoteca, penhor, promessa irrevogável de compra e venda etc.)⁷⁷, remissão (CC, arts. 385-388) ou constituição de nova garantia (CC, art. 163).

73. Assim, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 207; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 249; também julgados do STJ, 3ª T., REsp 34.498/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 01.06.1993, publicado no DJe 02.08.1993; STJ, 3ª T., REsp 24.154/GO, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 29.09.1992, publicado no DJe 03.11.1992; STJ, 4ª T., REsp 235.201/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 25.06.2002, publicado no DJe 11.11.2002; STJ, 3ª T., REsp 62.448/SP, Rel. Min. Castro Filho, j. em 19.09.2002, publicado no DJe 07.10.2002; STJ, 4ª T., REsp 333.161/MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 07.02.2002, publicado no DJe 15.04.2002; STJ, 3ª T., AgrRg no REsp 1439769/RJ, Rel. Min. Moreira Ribeiro, j. em 08.03.2016, publicado no DJe 14.03.2016; STJ, 4ª T., AgrRg no AREsp 511.016, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 28.04.2015, publicado no DJe 05.05.2015.

74. ASSIS, Araken. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 252.

75. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 81.

76. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, XIV, cit., p. 475.

77. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 209.

Mas a fraude contra credores e a fraude à execução podem decorrer de outros atos, desde que sejam capazes de reduzir o patrimônio, gerando insolvência – preenchendo outros requisitos de lei⁷⁸.

Em caso de dação em pagamento de dívida vencida, entende Amílcar de Castro que não há alienação fraudulenta, pois o devedor cumpre a obrigação civil. Está o terceiro adquirente livre e isento de acusações de fraude, ainda que saiba da existência de outros credores. Pontes de Miranda e Zavascki⁷⁹ discordam, invocando o princípio da igualdade (*par conditio creditorum*) aplicável em caso de insolvência.

Admite-se a fraude à execução quando a alienação, além de ser apurada por negócio oneroso ou gratuito, seja decorrente de processo simulado, como uma cobrança feita por terceiro (falso credor) em face do devedor para que esse terceiro fique com dinheiro decorrente da venda judicial do bem e depois entregue ao devedor⁸⁰.

Cândido Dinamarco cita o curioso exemplo da pessoa que, demandada para cumprimento de obrigação, casou com terceiro em regime de comunhão universal, comunicando a totalidade de seus patrimônios. Só que a meação reservada ao devedor não bastava para arcar com seu débito. Configurou-se, assim, sua insolvência e foram aplicadas as regras de fraude à execução⁸¹.

Se o estado de insolvência foi instalado e gradualmente agravado por mais e mais reduções patrimoniais, o reconhecimento de fraude deve dar-se na ordem inversa e regredir progressivamente do bem cuja alienação foi mais recente àquele cuja alienação foi mais remota. Responderão pela execução os bens de que se desfez o executado por último, levando-o ao grau máximo de insolvência, só podendo atingir as alienações anteriores até aquela que instalou seu estado de insolvência⁸².

Não se exige a intenção ou ciência da fraude pelo próprio devedor-executado-alienante: há presunção absoluta de que sabia não poder movimentar o seu patrimônio nessas circunstâncias⁸³.

78. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 380 e 381. Não abrange a transmissão de domínio por força de desapropriação e, mesmo que o preço seja fixado por acordo, já que, nesta hipótese, a alienação imposta pelo estado independe da vontade do devedor. O interesse público prevalece sobre interesse particular do credor de preservar sua garantia (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 279).

79. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 280.

80. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 81.

81. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 381.

82. CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 88.

83. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 108; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 468; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 88 e 89; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 205; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 84. Em sentido contrário, exigindo a investigação da intenção do devedor e do terceiro, SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à Execução e o*

Segundo tradicional lição de Liebman, de que na fraude à execução é dispensável prova do elemento subjetivo, pois a intenção fraudulenta é "in re ipsa"⁸⁴, autores e julgados passaram a defender que, ao contrário da fraude contra credores, na fraude à execução não se exigiria esse elemento subjetivo⁸⁵. Outros rebateram dizendo que, na verdade, Liebman só dispensou prova da intenção e não a intenção em si, que é presumida (de forma absoluta, dizem)⁸⁶. O caso é, nitidamente, de presunção absoluta do elemento subjetivo, que o torna irrelevante para configuração da fraude à execução. Não é caso de presunção relativa, que conduziria a redistribuição do ônus de prova, para impor prova deste elemento subjetivo ao credor.

Neste ponto, a fraude à execução assemelha-se à fraude contra credores. O ato fraudulento é válido e eficaz para o devedor alienante e terceiro adquirente, mas não é oponível ao credor exequente. É ineficaz para ele e a para a execução (CPC, 792, § 1º) que, ainda assim, recairá sobre o bem transferido/onerado fraudulentamente. O bem, agora pertencente ao terceiro adquirente, responderá pela execução. Não existem grandes discussões a esse respeito, tendo o CPC-2015 resolvido expressamente a questão no § 1º do art. 792⁸⁷⁻⁸⁸.

A fraude à execução é considerada abuso de direito processual, enquadrando-se como ato atentatório à dignidade da justiça (*contempt of court*, desacato à autoridade judiciária), na forma do artigo 774, I, CPC, a ser analisado em item subsequente.

É, ainda, tipificada no artigo 179 do Código Penal brasileiro como alienação/desvio/destruição/danificação de bens ou simulação de dívida que prejudica a execução. Como se vê, o tipo penal é mais

Direito de Defesa do Adquirente, cit., p. 84 segs. Deve-se perquirir seu estado emocional no momento da alienação, diz o autor, citando como exemplo o caso do devedor que se desfaz dos seus bens, quando já demandado, para arcar com despesas de cirurgia de urgência caríssima. E levanta, ainda, a possibilidade de o terceiro só os adquirir para ajudar o devedor. Para o autor, neste caso, não há intenção de fraudar e, portanto, fraude não há.

84. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p.108.

85. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 205.

86. CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., p. 98.

87. Assim, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 108; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 210; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, cit., p. 476 e 477; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 47; CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, cit., 101; BUZUID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 274 e 275; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371, 374-379; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 262; COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 4, p. 152; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 244.

88. Poucos são aqueles que dizem, na vigência do CPC-1973, ser caso de nulidade absoluta, estando os bens sujeitos à execução. É o caso de Caio Mário (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. 1, cit., p. 543) e Amílcar de Castro (CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 80, 81 e 85).

amplo, já que vai além dos negócios fraudulentos, para considerar simulações e prejuízos em torno do bem⁸⁹.

4.2.2.2. Averbação de processo de execução (ou cumprimento de sentença) no registro do bem (art. 792, II, CPC).

Trata-se de caso mais grave de fraude à execução, que se observa quando a alienação ou oneração ocorre na pendência de execução de título extrajudicial (e não de qualquer processo) – ou, também, por analogia, de cumprimento de sentença (cf. Enunciado n. 529, FPPC⁹⁰⁻⁹¹) –, que já tenha sido averbada no registro do bem, na forma do art. 828, CPC (comentado em item a seguir).

Os pressupostos objetivos são: ato de disposição + pendência de um processo de execução contra o devedor + juízo de admissibilidade positivo + averbação da pendência desse processo na matrícula do bem. Perceba: não basta a existência do processo de execução, pois é necessário que a execução tenha sido admitida⁹² e a sua existência tenha sido averbada no registro do bem fraudulentamente alienado (ou onerado), na forma do art. 828, CPC.

O art. 799, IX, CPC, permite que o exequente proceda à averbação, no registro público, do ato de propositura da execução. É preciso interpretar esse dispositivo conjuntamente com o art. 828, CPC, que autoriza a mesma providência, desde que a execução seja admitida. O "ato de propositura da execução" pode ser averbado no registro, desde que admitido. Não fosse assim, a exigência do art. 828 (admissibilidade da execução) seria letra morta, pois a mesma providência, averbação da pendência de execução no registro, poderia ser obtida sem ela. Por isso, não se adere à conclusão do enunciado n. 539, Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A certidão a que se refere o art. 828 não impede a obtenção e a averbação de certidão de propositura da execução (art. 799)".

O legislador estabelece uma presunção absoluta⁹³ de fraude à execução se houver alienação ou oneração de bens após a averbação (art. 828, §

4º, CPC⁹⁴). Seu intuito parece ser antecipar a eficácia advinda da penhora averbada contra terceiro⁹⁵. Não há, assim, necessidade de demonstração da insolvência⁹⁶.

Se o devedor for solvente e quiser dispor do bem em cujo registro conste tal averbação, bastará requerer ao juízo a transferência do gravame para outro bem que integre seu patrimônio e seja suficiente para garantir a dívida⁹⁷, observadas, no que cabíveis, as exigências do art. 847, CPC, por analogia.

Essa presunção de fraude dos atos de disposição posteriores à admissão e à averbação da execução é importantíssima, pois vem preencher um espaço perigosamente deixado em aberto pelo legislador e pelos tribunais. De acordo com a interpretação dada aos outros incisos do art. 792, presumem-se em fraude só atos ocorridos e averbados depois da citação do réu, pois se entende que, apenas a partir desse momento, haveria litis-pendência para o réu. Mas, nas execuções de título extrajudicial, o devedor pode desfazer-se de seus bens antes mesmo de sua citação, ciente de que a dívida venceu e ele não a pagou – é muito difícil provar que ele tinha conhecimento da ação antes de ser citado. Com art. 828, o legislador não deixou a descoberto este período entre a propositura da demanda e a citação do executado⁹⁸.

Mesmo que o devedor ainda não tenha sido validamente citado e não seja possível falar formalmente em litispendência em relação a ele, a fraude ficará configurada, pois a pendência da execução foi publicizada no registro do bem, presumindo-se, de modo absoluto, que é de conhecimento dos envolvidos em qualquer transação em torno dele (o devedor e o terceiro adquirente).

Nos casos em que não tenha havido averbação da execução (inclusive do cumprimento de sentença) em registro público de bem do devedor, não

94. 5º do art. 828 do CPC: "Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação".

95. Conforme visão de Araken de Assis, no regime do CPC-1973 (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 260). Segundo Araken, não seria necessário converter averbação de ajuntamento da ação em averbação de penhora, pois as finalidades são as mesmas. O artigo 615-A, CPC-1973, correspondente ao art. 828, CPC-2015, só antecipa a eficácia da averbação da penhora e, com ela, o exequente já estaria suficientemente protegido contra fraudes (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 441).

96. Nesse sentido, SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: RT, 2016, p. 321. Por outro lado, exigindo a insolvência como pressuposto no regime atual, ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 18ª ed., p. 392.

97. BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes Patrimoniais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015*, cit., p. 94.

98. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuntamento da execução", cit., p. 166 e 167.

89. MOSCON, Cleide de Fátima Manica. *Fraude de Execução Judicial*. São Paulo: Ltr, 2007, p. 22.

90. Observe-se que o art. 54, II, da Lei n. 13.097/2015, abrange, também, a possibilidade de a fase de cumprimento de sentença ser averbada no registro de imóveis, o que deve ser interpretado extensivamente para admitir a averbação de cumprimento de sentença por processo autônomo. Apesar da regra tratar da averbação em registro de bens imóveis, o mesmo deve ser admitido, por analogia, no registro público de outros bens.

91. Assim, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITTIERO, Daniel. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 911.

92. Criticam a opção da literalidade do art. 828, CPC, BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes Patrimoniais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015*, cit., p. 94.

93. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 260; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuntamento da execução", cit., p. 167; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 180.

ficará excluída a configuração da fraude. Nesses casos, para que a alienação ou oneração seja considerada fraudulenta, será necessário que tenha conduzido o devedor à insolvência, mediante enquadramento na hipótese do art. 792, IV, CPC, já analisada.

4.2.2.3. Averbação, no registro do bem, de hipoteca judicial ou constrição judicial originária do processo em que se arguiu a fraude (art. 792, III, CPC).

Trata-se de hipótese de fraude que se configura com a alienação/oneração de bem em cujo registro já foi averbada hipoteca judiciária ou outro tipo de constrição judicial (como a penhora ou arresto⁹⁹) decorrente do processo em que fora suscitada a fraude.

É situação mais grave que as anteriores, afinal o bem já está constricto ou hipotecado judicialmente, e, pois, vinculado à atual ou futura execução¹⁰⁰. Já há uma individualização da responsabilidade patrimonial.

A hipoteca judiciária (art. 495, CPC, e art. 167, I, 2, da Lei n. 6.015/1973) é direito real de garantia sobre coisa alheia, por meio do qual um bem pertencente ao devedor passa a garantir o cumprimento de uma obrigação pecuniária. Trata-se de efeito anexo de decisão judicial que condena o devedor em obrigação pecuniária, sendo medida eficiente para assegurar a efetividade de futura execução desse tipo de decisão judicial. Conferir direito de seqüela e direito de preferência (art. 495, § 4º, CPC). O credor tem o direito de executar a coisa hipotecada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada a prioridade no registro – ressalvada, naturalmente, a preferência instituída por leis específicas a outros créditos (art. 1.422, p. único, Código Civil).

No que se refere ao bem objeto de constrição judicial, dispor deste bem equivale a afrontar a um especificamente ato judicial; é resistir à autoridade do juiz concretamente exercida sobre o bem. Qualquer ato de disposição desse bem será totalmente ineficaz para execução, sob pena de aniquilação da efetividade e a autoridade da prestação jurisdicional.¹⁰¹

99. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 18ª ed., p. 399.

100. No que se refere ao bem penhorado, no regime anterior, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 371 e 398; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 207.

101. Como exemplo de alienação fraudulenta, tem-se a compensação de crédito penhorado. Isso porque essa prática é vedada pelo art. 380 do Código Civil, bem como pelos arts. 857 e 858 do CPC, além de violar a boa-fé objetiva processual. (STJ, 3ª T., REsp n. 1.208.858-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 3.9.2013, publicado no informativo 528.)

O tratamento processual dessa hipótese de fraude (art. 792, III, CPC) é, por isso, diferenciado e mais agressivo, pois a configuração da fraude à execução, neste caso, não dependerá da demonstração de insolvência do devedor¹⁰².

O bem está preso, vinculado à presente ou posterior execução, e o gravame que pesa sobre ele vai perdurar e persegui-lo nas mãos de quem quer que seja, pouco importando que o devedor esteja ou não em estado de insolvência¹⁰³.

O principal problema ainda é a comprovação da ciência da constrição pelo terceiro.

É fundamental, portanto, dar a máxima publicidade ao ato.

A hipoteca judiciária será realizada mediante simples apresentação de cópia da sentença ao cartório de registro imobiliário (art. 495, § 2º, CPC), quando, uma vez averbada, ficará automaticamente publicizada.

A penhora e o arresto, de móveis ou imóveis, por exemplo, devem ser averbados no registro competente, mediante apresentação de cópia do respectivo auto ou termo, independentemente de mandado judicial, para que sejam oponíveis a terceiros, estabelecendo a lei uma presunção absoluta de conhecimento por terceiros de tais constrições (art. 844, CPC). Trata-se de regra a ser aplicada, por analogia, a quaisquer atos de constrição judicial.

Mas, ainda que o gravame não seja levado a registro, há fraude à execução quando se tem prova de que o terceiro adquirente (ou beneficiado com a oneração) sabia ou deveria saber da sua existência¹⁰⁴. Sucede que, nesse caso, o ônus da prova recairá sobre o credor que alegou a fraude¹⁰⁵.

102. Nesse sentido, SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*, cit., p. 320.

103. No regime do CPC-1973, no caso da penhora, THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 207; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 262; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 277, 278 e 286 ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 398; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 174 e 175; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, cit., p. 125 ss.

104. Cf. SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*, cit., p. 322. No entanto, a 3ª T. do STJ, em fevereiro de 2008, ao julgar o Resp n. 618.625, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, com um placar de três votos a dois, mudou seu entendimento sobre a questão. Entendendo que a jurisprudência anterior privilegiava a fraude à execução, tornando mais difícil demonstrá-la, trouxe nova visão sobre o ônus de prova da ciência do terceiro adquirente da demanda em curso (ou até mesmo da penhora). A Ministra Relatora sustentou que o artigo 593, II, CPC-1973 (correspondente ao art. 792, IV, CPC-2015) presume a fraude, cabendo ao terceiro adquirente provar o contrário. Cabe-lhe provar que a alienação/onerção não reduziu o devedor à insolvência, bem como a inviabilidade de conhecer a pendência da demanda envolvendo o alienante – prova árdua, diante da publicidade gerada pelo registro da ação, da citação, da penhora, ou com a simples distribuição

Afinal, incumbe ao exequente proceder à averbação, conforme prevê o art. 799, IX, CPC¹⁰⁶. Daí o teor do enunciado n. 375 da súmula do STJ: “O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Todavia, em se tratando de bem não sujeito a registro, caberá ao terceiro adquirente demonstrar sua boa-fé, sendo seu o ônus de prova de que adotou todas as cautelas necessárias para a aquisição do bem, exibindo as certidões cabíveis (negativa de débitos fiscais e de pendências de processos, por exemplo) a serem obtidas no domicílio do alienante e no lugar onde estiver o bem (art. 792, § 2º, CPC)¹⁰⁷.

São regras que, conjuntamente, vem proteger a segurança jurídica e a boa-fé objetiva, harmonizando os interesses do terceiro adquirente e do credor¹⁰⁸.

A penhora de móveis não pressupõe, na maior parte dos casos, nenhum tipo de registro (até porque são poucos os bens móveis que se submetem a registro público). Diz-se, assim, que, penhorado, o bem móvel é colocado sob a guarda e conservação do depositário, que pode ser o próprio devedor. Se o depositário pratica ato de alienação/penhor do bem, que se implementa com a tradição para o terceiro beneficiário (Código Civil, art. 1.431), esse ato será tido por fraudulento e ineficaz para execução. Agindo o terceiro beneficiário de boa-fé, adotando as cautelas do art. 792, § 2º, CPC, a perda do bem se reduzirá ao direito de indenização em face do depositário¹⁰⁹.

de uma petição inicial. Além disso, considerou-se a exigência de que constem, na escritura pública de imóvel, feitos ajuizados contra o proprietário, que deve apresentar certidões dos cartórios distribuidores no ato de lavratura (Lei n. 7.433/1985). Em sentido contrário: STJ, 4ª T., REsp n. 437.184/PR, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 20.09.2012, publicado no DJe de 23.04.2013; STJ, 4ª T., AgrRg no REsp n. 953.747/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 21.08.2012, publicado no DJe de 30.08.2012; STJ, 3ª T., AgrRg nos EDcl no Ag 952.777/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 07.10.2010, publicado no DJe de 19.10.2010.

106. “Art. 799. Incumbe ainda ao exequente (...) IX – proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constituição realizados, para conhecimento de terceiros”. Trata-se de regra aplicável, também, ao cumprimento de sentença (Enunciado n. 529, FPPC).

107. Araken de Assis sustenta que a regra foi pensada para construção de bens imóveis, na medida em que sugere certidões do local onde se encontra o bem. O local onde se encontram bens móveis, usualmente, é variável e difícil de precisar com exatidão, não representando relevância considerável para a obtenção de certidão emitida no lugar de seu domicílio (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 18ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 399 e 400). O autor ignorou, contudo, o fato de que existem bens móveis que não são de tão fácil mobilidade, caso em que certidão da localidade em que se encontram pode representar, sim, a relevância esperada. Seria o caso, por ex., de um tomógrafo de um hospital, guindaste ou do maquinário pesado de uma determinada indústria.

108. BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. “Responsabilidade Patrimonial” in: CFAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.148.

109. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 400.

Só cabe presumir a boa-fé do terceiro beneficiário do bem móvel, na linha do que defendia Teori Zavascki¹¹⁰ no regime do CPC-1973, quando se trata de bem móvel sujeito a registro, mas cuja penhora não fora ali averbada (súmula do STJ, n. 375), também porque o terceiro pode adquirir o bem de quem tem posse, o que é indicio forte de ausência de qualquer gravame, presunção esta que, com maior razão, se estende aos adquirentes sucessivos. Mantém-se a linha deste *Curso* de proteger a boa-fé do terceiro adquirente.

Tratando-se de penhora de crédito do devedor perante terceiro, este terceiro será intimado para pagar ao juízo, sendo ineficaz qualquer quitação (ou remissão) dada ao devedor/executado (CPC, art. 855). Além disso, intima-se o devedor/executado para que não faça cessão do crédito, que, uma vez realizada, será igualmente ineficaz – ressalvando-se o caso de boa-fé do cessionário a título oneroso. Se for penhora com apreensão física do título de crédito (art. 856), é inviável cessão fraudulenta, afinal a cambial só pode ser repassada por endosso em seu instrumento, que estará em juízo¹¹¹.

4.2.2.4. Outros casos de fraude à execução

O inciso V do art. 792 cria uma *cláusula geral*, ao dizer que haverá fraude à execução “nos demais casos expressos em lei”, tais como no art. 672, § 3º, do CPC, art. 4º, Lei n. 8.009/1990, e art. 185 do CTN.

4.3. Pressuposto subjetivo: scientia fraudis pelo terceiro adquirente

4.3.1. Nota introdutória

Para a configuração da fraude à execução, é preciso que o terceiro dela tenha conhecimento (*scientia fraudis*)? O terceiro deve ter conhecimento da pendência da demanda real ou reipersecutória, da pendência de demanda executiva, da hipoteca judiciária ou constituição judicial sobre o bem adquirido ou da pendência da demanda capaz de reduzir o devedor-alienante à insolvência, pressupostos objetivos da fraude à execução previstos no art. 792 do CPC e já examinados? Se o terceiro adquirente estiver de boa-fé, enfim, há fraude à execução?

O texto normativo cuida do tema, não ignorando que a boa-fé do terceiro adquirente deva ser protegida.

110. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 288.

111. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 400 e 401.

4.3.2. Regra para as ações reais e reipersecutórias (art. 792, I, CPC)

Em relação à aquisição de bem imóvel ou móvel litigioso, sujeito a registro público, é preciso proteger a boa-fé do terceiro, se a *pendência da ação real imobiliária ou reipersecutória* não tiver sido averbada no registro público competente, como determina o art. 167, I, n. 21, da Lei 6.015/1973 (para o caso dos imóveis), o art. 54, I, Lei n. 13.097/2015, e o art. 792, I, CPC.

Nesse caso, não parece ser possível a extensão da coisa julgada ao terceiro (CPC, art. 109, § 3º, CPC, art. 792, I), que, diante de um registro público em que não há a notícia da pendência da ação real ou reipersecutória, não pode ser surpreendido, sob pena de ser ignorada a necessária proteção da confiança no comércio jurídico¹¹².

O direito material, a quem cabe reger a hipótese¹¹³, parece exigir, para a incidência do § 3º do art. 109 do CPC (e do inciso I do art. 792, que expressamente cuida da pendência de uma ação real ou reipersecutória), o conhecimento pelo terceiro adquirente da *litispendência*¹¹⁴. Bem a propósito é a redação do n. 3 do art. 263º do CPC de Portugal: "A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, exceto no caso de a ação estar sujeita a registro e o adquirente registrar a transmissão antes de feito o registro da ação".

A exigência do artigo 167, I, n. 21, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), e do art. 54, I, da Lei n. 13.097/2015, e do art. 792, I, CPC de averbação da pendência ação real ou reipersecutória em registro público competente, *não é*, porém, indispensável para configuração da fraude à execução¹¹⁵. Havendo a referida averbação, o exequente tem o benefício da presunção absoluta de conhecimento pelo terceiro da pendência do processo. Não havendo, recairá sobre ele, exequente, o ônus de demonstrar

112. Ponderando sobre o assunto, FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil". *Leituras complementares de Processo civil*. 5ª ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007, p. 256-257.

113. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 249-250.

114. Em sentido diverso, entendendo ser desnecessário que o adquirente tenha ciência da litispendência: SANTOS, Ernane Fidélis dos. "Alienação da coisa litigiosa e intervenção de terceiros". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, v. 8, p. 32.

115. Observe-se que o art. 792, I, CPC, prevê averbação da pendência da ação, que pode não só ser real, como também reipersecutória. E a ação está pendente desde o momento de sua propositura (art. 312, CPC). Dessa forma, não parece mais ser necessário que o réu seja citado para que a averbação seja promovida, como dispunha o art. 167, I, n. 21, da Lei n. 6.015/1973 – e como prevê o art. 54, I, da Lei n. 13.097/2015.

que o adquirente tinha conhecimento da pendência do processo (na linha do enunciado n. 375 da súmula do STJ)¹¹⁶, prova bastante difícil. Trata-se de posicionamento tranqüilo nos tribunais, definitivamente consolidado com a redação dada ao art. 792, I, e 828, CPC.

Quando se trata de bem móvel não sujeito a registro, a prova da ciência pelo terceiro da litispendência é mais difícil ainda. Nesse caso, é do terceiro adquirente o ônus de provar que tomou as providências e cautelas necessárias para a aquisição do bem, apresentando as certidões negativas pertinentes, inclusive aquelas obtidas junto aos cartórios de distribuição de demandas (e outros), no domicílio do devedor-alienante¹¹⁷ e no local onde se encontra o bem (art. 792, § 2º, CPC).

A Lei n. 13.097/2015 foi elaborada no intuito de alterar o regime da fraude à execução, contendo, na norma extraída do art. 54, o chamado "princípio da concentração da matrícula"¹¹⁸.

O art. 54, I e parágrafo único, e art. 55, da já mencionada Lei n. 13.097/2015¹¹⁹, negam a configuração de fraude quando não houver averbação da pendência da ação real ou pessoal reipersecutória no registro do bem imóvel.

116. LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p. 471; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 87; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 206 e 207; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 6ª ed., v. 1, t. 2, cit., p. 62 e 63; ZAVASCKI, Teon Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 282 e 283; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 1.077. Ressalva a possibilidade de inversão do ônus de prova, com base no art. 373, § 1º, CPC; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*, cit., p. 330.

117. Salamacha, com toda razão, sustenta que só subsiste essa presunção em favor do credor, de ciência do terceiro adquirente, se a demanda tramita na comarca em que se situa o bem ou no domicílio do alienante. Afinal, o terceiro adquirente que está de boa-fé tem o dever de diligência e precaução, cabendo-lhe adotar a cautela de providenciar certidão negativa de ônus no registro dessas localidades. Caso contrário, se a demanda corre em local diverso, e o terceiro adquirente, nem com toda diligência dele esperada, teria a oportunidade de conhecê-la, a presunção se inverte e cabe ao credor provar que o terceiro adquirente sabia da pendência da demanda. É imperativo decorrente da máxima da boa-fé objetiva (SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 164 e 165).

118. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 18ª ed., 2016, p. 389.

119. "Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: (...) I – registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias (...). Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel". Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990".

Na verdade, a existência da averbação referida no dispositivo só viria estabelecer uma presunção absoluta de *scientia fraudis*, i.e., de conhecimento pelo terceiro adquirente da pendência do feito e do caráter fraudulento do ato de alienação/onerção praticado¹²⁰.

Mas o art. 54, parágrafo único, dessa mesma lei, ressalva que "Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel"¹²¹. Ou seja, mesmo que não seja averbada a ação real ou reipersecutória no registro do imóvel, a fraude pode configurar-se se o terceiro adquirente estiver de má-fé. Caberá ao credor demonstrar a má-fé do terceiro (cf. aplicação analógica do enunciado n. 375 da súmula da jurisprudência dominante do STJ)¹²².

Trata-se de dispositivo (art. 54, I, Lei n. 13.097/2015) que deve ser lido juntamente com o art. 792, I, CPC-2015, que contém regra mais abrangente (para bens móveis ou imóveis), e ainda permite que a referida averbação ocorra quando pendente a ação real ou reipersecutória, ou seja, desde o momento em que fora proposta a demanda (cf. art. 312, CPC), independentemente de o réu ter sido efetivamente citado.

4.3.3. Regra para as ações pessoais sobre obrigação pecuniária (art. 792, I-IV, CPC)

Resta analisar o pressuposto subjetivo necessário para configuração de fraude na pendência de ações pessoais que visem ao reconhecimento e à satisfação de obrigação pecuniária – ou de outras obrigações que venham a ser convertidas em obrigação pecuniária.

De um lado, quando se trata de ato de alienação ou oneração de bem em cujo registro fora averbada a pendência de processo de execução (cf. art. 828, CPC), hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial (como

penhora ou arresto) decorrente do processo em que se arguiu a fraude, na forma do art. 792, II e III, CPC, a *scientia fraudis* pelo terceiro adquirente (ou beneficiário do gravame) é presumida em absoluto pelo legislador, diante da publicidade de tais atos no registro do bem.

Caso essa averbação não seja realizada, caberá ao exequente o ônus de demonstrar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da pendência do processo ou do ato constritivo (na linha do enunciado n. 375 da súmula do STJ)¹²³, cuja boa-fé é presumida.

Entretanto, se o bem não for sujeito a registro, caberá ao terceiro adquirente o ônus de demonstrar sua boa-fé: demonstrar que adotou as cautelas esperadas de pessoa diligente e de cultura mediana, levantando todas as certidões cabíveis para aferição do desembaraço do bem, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem (art. 792, § 2.º, CPC).

Os arts. 54, II e III, e parágrafo único, e 55, da Lei n. 13.097/2015¹²⁴, negam a configuração de fraude quando não houver averbação de execução, fase de cumprimento de sentença, constrição judicial, restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei, no registro do bem imóvel.

123. LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, cit., p. 471; CASTRO, Amílcar de. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 8, cit., p. 87; THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 41ª ed., v. 2, cit., p. 206 e 207; SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil, 6ª ed., v. 1, t. 2, cit., p. 62 e 63; ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 8, cit., p. 282 e 283. Discórdam da atribuição desse ônus ao exequente, sustentando, inclusive, que isso faz com que a fraude seja reconhecida em menos de 8% dos casos em que ocorre, conforme pesquisa realizada em mais de 130 precedentes do STJ, BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes Patrimoniais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015*, cit., p. 117 e 118.

124. "Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: (...) II – averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; III – averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei (...). Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel". Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990".

120. Não convence o entendimento no sentido de que a Lei n. 13.097/2015, por ser resultado da conversão da MP n. 656/2014, e tratar de matéria processual, está fadada ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade formal, por violação ao art. 62, § 1.º, b, CF/1988, muito menos o argumento de que teria sido revogada pelo CPC, lei posterior (ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 18ª ed., 2016, p. 390; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*, cit., p. 326). Na verdade, trata-se de lei especial sobre a matéria que dialoga perfeitamente com o quanto previsto no CPC-2015, e que só ratifica os seus termos e sua validade no ordenamento brasileiro. Além disso, as regras sobre negociação imobiliária podem tranquilamente ser consideradas como materiais.

121. Dispositivo que também ressalva o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei n. 11.101/2005, e as "hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel", como, por exemplo, uma aquisição por usucapião.

122. Assim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Moderno*, 2 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1024; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8 ed. Salvador: Jus Podivim, 2016, p. 1079.

Também aqui, a existência da averbação referida no dispositivo (art. 792, II e III, CPC, ou 54, II e III, Lei n. 13.097/2015) só teria o condão de gerar uma presunção absoluta de *scientia fraudis*, i.e., de conhecimento pelo terceiro adquirente da pendência do feito e do caráter fraudulento do ato de alienação/onegação praticado.

Mas o art. 54, parágrafo único, dessa mesma lei, ressalva que, mesmo que não sejam realizadas essas averbações no registro do imóvel, a fraude pode configurar-se se o terceiro adquirente estiver de má-fé,¹²⁵ o que se daria com base no art. 792, IV, CPC, simplesmente por haver processo pendente apto a conduzir o devedor à insolvência. Caberá ao credor demonstrar a má-fé do terceiro (cf. aplicação analógica do enunciado n. 375 da súmula da jurisprudência dominante do STF).

De outro lado, quando se trata de ato de alienação ou oneração de bem na pendência de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência (art. 792, IV, CPC), também há que se demonstrar a *scientia fraudis* para configuração de fraude à execução.

Em se tratando de demanda sujeita a averbação em registro de bens do devedor, mas não averbada (ex.: execução), é ônus do exequente provar que o terceiro adquirente sabia da sua pendência e dos seus riscos (na linha do enunciado n. 375 da súmula da jurisprudência predominante do STF)¹²⁶.

Em se tratando de demanda não sujeita a averbação, não havendo como o credor adotar esse tipo de cautela, o art. 792, § 2º, CPC, impõe ao terceiro adquirente o ônus de provar sua boa-fé. Em que pese a má-fé do terceiro adquirente seja pressuposto fático indispensável para configuração da fraude, o legislador estabelece uma regra de ônus de prova diversa do usual (cf. art. 373, CPC). Não cabe ao credor provar esse fato constitutivo do seu direito (má-fé do terceiro), mas, sim, ao terceiro adquirente provar o contrário.

É certo que o terceiro adquirente tem o ônus de diligenciar a obtenção de certidões negativas pertinentes, inclusive junto aos cartórios de distribuição de demandas, no domicílio do devedor-alienante e no local onde se encontré o bem¹²⁷. Trata-se de providências que devem ser tomadas, pois,

125. Demais disso, o art. 54, parágrafo único, Lei n. 13.097/2015, também ressalva o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei n. 11.101/2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independem de registro de título de imóvel, como, por exemplo, uma aquisição por usucapião.

126. Ressalva a possibilidade de inversão do ônus de prova, com base no art. 373, § 1º, CPC, SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*, cit., p. 330.

127. Salamacha, com toda razão, sustenta que só subsiste essa presunção em favor do credor, de ciência do terceiro adquirente, se a demanda tramita na comarca em que se situa o imóvel ou no domicílio do alienante. Afinal, o terceiro adquirente que está de boa-fé tem o dever de diligência e precaução, cabendo-lhe adotar a cautela de providenciar certidão negativa de ônus no registro imobiliário dessas localidades. Caso contrário, se a demanda corre em local diverso, e o terceiro adquirente, nem com

de acordo com as regras da experiência, revelam probidade e cautela na aquisição de bem que podem ser exigidas da pessoa comum¹²⁸.

Na forma do texto do art. 54, IV e parágrafo único, e art. 55, da Lei 13.097/2015¹²⁹, poderá ser averbada no registro de bem imóvel, mediante decisão judicial, a existência de outras ações cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, mais especificamente, aquelas previstas no art. 792, IV, CPC.

O objetivo da lei, mais uma vez, é gerar uma presunção legal absoluta de ciência da fraude pelo terceiro que venha a ser beneficiado com ato de alienação ou oneração do bem.

Observe-se, contudo, que, nesse caso, a averbação, se dará "mediante decisão judicial", o que ratifica e detalha o art. 56 da mesma lei: "Art. 56. A averbação na matrícula do imóvel prevista no inciso IV do art. 54 será realizada por determinação judicial e conterá a identificação das partes, o valor da causa e o juízo para o qual a petição inicial foi distribuída. § 1º Para efeito de inscrição, a averbação de que trata o caput é considerada sem valor declarado. § 2º A averbação de que

toda diligência dele esperada, teria a oportunidade de conhecê-la, a presunção se inverte e cabe ao credor provar que o terceiro adquirente sabia da pendência da demanda. É imperativo decorrente da máxima da boa-fé objetiva (SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 164 e 165).

128. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., v. 2, cit., p. 209; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 256; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 176 e 177; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 399. Já Salamacha, com base no princípio da proporcionalidade, distingue duas diferentes situações: a) há presunção em favor do credor, de que o terceiro conhecia ou deveria conhecer a demanda, se ela tramitar na mesma comarca em que está o bem ou na mesma comarca em que tem domicílio o alienante; mas é presunção relativa, cabendo prova o contrário; b) e há presunção em favor do terceiro adquirente de que não a conhece nem poderia conhecê-la, se não corre nestas comarcas; também é presunção relativa, cabendo prova em contrário. Só se protege o terceiro adquirente de boa-fé cauteloso - jamais o desidioso -, que toma as precauções esperadas do homem mediano e exigidas da vida moderna, dentro das suas possibilidades. (SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 180 ss.).

129. "Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: (...) IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil (...) Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independem de registro de título de imóvel". "Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990".

trata o caput será gratuita àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. § 3º O Oficial do Registro Imobiliário deverá comunicar ao juízo a averbação efetivada na forma do caput, no prazo de até dez dias contado da sua concretização. § 4º A averbação recairá preferencialmente sobre imóveis indicados pelo proprietário e se restringirá a quantos sejam suficientes para garantir a satisfação do direito objeto da ação".

Trata-se de situação em que a averbação da ação apta a conduzir o devedor à insolvência só poderá ser autorizada por decisão concessiva de tutela provisória (cf. arts. 300 e 301, CPC), tal como um protesto contra alienação (e oneração) do bem, mediante a demonstração da probabilidade do direito e do perigo da demora pelo credor requerente, caso em que deverá deixar em estado de verossimilhança os fatos que justificam seu receio de fraude e insolvência.

Em sendo medida de tutela provisória, não deve ficar adstrita à averbação em registro de imóveis. Deve ser admitida, também, para fins de averbação em registro de quaisquer outros bens, em nome do direito ao acesso a uma tutela de urgência, que de resto pode ser atípica (art. 297, CPC).

Nada impede que a medida (averbação) seja convencionalmente pelas partes em sede de negócio processual, independentemente de decisão judicial, uma vez presentes os pressupostos do art. 190, CPC. Também nesse caso, o art. 54, parágrafo único, da Lei n. 13.097/2015, esclarece que, mesmo que não sejam realizadas essas averbações no registro do imóvel, não fica afastada a configuração da fraude. Bastará, para tanto, que o credor demonstre a má-fé do terceiro (cf. aplicação do enunciado n. 375 da súmula de jurisprudência dominante do STJ); ou, não sendo o bem passível de registro, que o próprio terceiro demonstre sua boa-fé na forma do art. 792, § 2.º, CPC.

Especialmente delicada é a tutela da boa-fé, em caso de *alienações sucessivas* do bem.

Imagine-se que o devedor, na pendência de processo (não averbada) apto a reduzi-lo a insolvência, vende bem seu para um "primeiro adquirente" que, por sua vez, vende-o para um "segundo adquirente" e assim sucessivamente. Todos os adquirentes estão de boa-fé, o que levanta o problema: eventual decretação de fraude à execução terá o condão de privar o último adquirente da propriedade do bem transferido, mediata-mente, pelo devedor insolvente? Nesses casos, o STJ tem propugnado a necessidade de proteger aquele que adquiriu o bem daquele que adquiriu o bem do devedor demandado, o chamado adquirente mediato ou sucessivo, que deve ter sua boa-fé preservada. Uma vez demonstrada a prática de comportamentos mínimos para a verificação da procedência lícita dos bens adquiridos (certidão negativa de distribuição, p. ex.), há presunção

de inocência a seu favor, cabendo ao credor demonstrar que ele sabia ou tinha condições de saber da pendência da ação.¹³⁰

A propósito disso, veja interessante julgado do STJ, 1ª T, REsp n. 489.618/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 08.04.2003, publicado no DJ de 02.06.2003, p. 208: "TRIBUNÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. VEÍCULO IMPORTADO. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. PRECEDENTES. 1. A aquisição, no mercado interno, de mercadoria importada, mediante nota fiscal emitida por firma regularmente estabelecida, gera a presunção de boa-fé do adquirente, cabendo ao Fisco a prova em contrário. A pena de perdimento não pode se dissociar do elemento subjetivo (inexiste na espécie), tampouco desconsiderar a boa-fé do adquirente. 2. In casu, restou comprovado que o veículo foi adquirido no mercado interno, e muito após a respectiva importação, de terceiro e este já o havia adquirido de pessoa diversa. Não poderia, portanto, o embargante saber da existência de execuções contra o primitivo proprietário, pois seu cuidado foi apenas obter certidão do veículo junto ao DETRAN, onde não constavam quaisquer gravames na matrícula do veículo".

A má-fé do terceiro adquirente é pressuposto da *fraude à execução*¹³¹ e se caracteriza pelo conhecimento das suas hipóteses de cabimento.

130. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 395; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 287; SALAMACHA, José Eli. *Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, cit., p. 198-200.

131. Assim, também, THEODORO Jr, Humberto. "A fraude de execução e o regime de sua declaração em Juízo". *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2001, n. 102, p. 81, com amplas referências.

5. QUADRO COMPARATIVO

		Fraude	
		Contra credores	À execução
Elemento objetivo	Insolvência	Pendência de ação real ou reipersecutória sobre a coisa alienada (art. 792, I) OU insolvência e litispendência (art. 792, IV) OU litispendência executiva (art. 792, II).	Litispendência e ato de constrição (art. 792, III).
Elemento subjetivo	Ciência pelo terceiro prejudicado do dano, a ser provada pelo credor - salvo no negócio gratuito	Ciência pelo terceiro prejudicado da litispendência - presumida em absoluto com averbação no registro competente da ação real ou reipersecutória, do processo de execução de quantia ou cumprimento de sentença (art. 828, CPC, e Enunciado n. 529, FPPC).	Ciência pelo terceiro prejudicado da hipoteca judiciária ou outro ato de constrição, presumida com sua averbação no registro competente.
Consequência	Anulabilidade - para alguns, ineficácia (polemica)	Ineficácia relativa	Ineficácia relativa ¹³²
Natureza	Material - e só protege crédito pecuniário	Processual - protege, também, obrigação de entregar coisa.	Processual - e só protege crédito pecuniário.
Remédio judicial	Ação pauliana (revoCATória ou declaratória de ineficácia relativa, em alguns casos)	Reconhecimento incidental à execução ou em embargos de terceiro	Reconhecimento incidental à execução ou em embargos de terceiro
Prejuízos	Para o credor	Para o credor e para a prestação jurisdiccional	Para o credor e para a prestação jurisdiccional

132. Diz-se caso de inexistência, MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 49.

6. AVERBAÇÃO DA EXECUÇÃO NO REGISTRO DE BENS DO DEVEDOR (ART. 828, CPC)

O art. 828, CPC, disciplina a forma como se dará a averbação do processo de execução (e do cumprimento de sentença, cf. art. 771, CPC, e Enunciado n. 529, FPPC) no registro de bem do executado, prevista nos já comentados arts. 792, II, e 799, IX, CPC.

Trata-se de regra que deve ser interpretada de forma a que se lhe dê a maior eficácia e o maior proveito possível, em termos de proteção do credor e do terceiro de boa-fé. É o que ora se pretende fazer.

Na forma do *caput*¹³³ do dispositivo citado, uma vez admitida a execução, o exequente poderá¹³⁴ obter, do cartório competente¹³⁵, certidão atestando a admissão da causa, quais são suas partes e qual o seu valor, para providenciar a averbação da execução no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos à penhora, arresto ou indisponibilidade (como, por ex., o registro de ações de S.A. ou o registro de embarcação na capitania dos portos¹³⁶).

As averbações deverão ser comunicadas em juízo no prazo de dez dias, a contar da data de sua realização (art. 828, § 1º¹³⁷). Feita a comunicação tempestivamente, a eficácia da averbação retroagirá à data em que foi realizada. O descumprimento desse prazo será enquadrado como conduta destil, podendo ensejar a responsabilidade prevista no § 5º do art. 828¹³⁸, e o atraso na informação da averbação ao juízo trazer algum dano ou prejuízo ao executado, este poderá requerer indenização em face do exequente, em caso de responsabilidade objetiva.

Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de dez dias, o cancelamento das averbações de que trata esse artigo relativas àqueles bens que não tenham sido penhorados (art. 828, § 2º¹³⁹). Observe-se que não só a averbação

133. "Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade".

134. O registro é ônus do credor, para precaver-se de aquisições ou garantias dadas maliciosamente a terceiro de boa-fé, gerando uma presunção absoluta de que seria fraudulenta.

135. E independentemente de decisão judicial a respeito (cf. Enunciado n. 130, FPPC).

136. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuizamento da execução", cit., p. 162.

137. § 1º do art. 828 do CPC. "No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas".

138. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. "Reflexões sobre a averbação do ajuizamento da execução", cit., p. 163; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 441.

139. § 2º do art. 828 do CPC. "Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles

é ônus do exequente, como também o seu cancelamento a ele se impõe, só que agora como um dever de lealdade, cujo descumprimento enseja responsabilização pelos danos causados, na forma do art. 828, § 5.º, CPC.

Entretanto, caso o exequente não o faça no prazo de lei, caberá ao juiz determinar o cancelamento das averbações, de ofício (art. 828, § 3.º, CPC).

Independente de o cancelamento ocorrer de ofício ou a requerimento, o legislador impõe, para prevenir fraudes, que sua realização dependerá de pronunciamento judicial¹⁴⁰.

Averbação manifestamente indevida ou o não cancelamento da averbação nos termos do art. 828, § 2.º, gera direito de indenização para o devedor. A apuração dos danos sofridos e do valor da indenização respectiva ocorrerá em incidente processado em autos apartados (art. 828, § 5.º).

Caso se remeta a determinação do valor indenizatório a uma posterior liquidação, normalmente essa será por procedimento comum (CPC, art. 509, II, e 511), porque, provada a existência do dano, muitas vezes subsistem outros fatos (normalmente relacionados a sua extensão), que ainda precisam de prova; fatos esses que tenham influência na fixação do valor da condenação e que deverão ser articulados e provados, como, por exemplo: a gravidade do abuso cometido, a extensão dos danos causados etc. A decisão condenatória (interlocutória e agravável, cf. art. 1.015, parágrafo único, CPC) atesta, definitivamente, tão-só, que o dano ocorreu e que deverá ser indenizado, mas as suas proporções devem ser aferidas e liquidadas por procedimento comum.

São exemplos de averbações indevidas: *i*) averbação em excesso; *ii*) se já há bem sobre o qual o credor exerce direito de retenção ou garantia real, salvo se flagrantemente insuficiente; *iii*) averbação não comunicada no prazo etc.

7. ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

7.1. Considerações prévias: os poderes do juiz na execução (arts. 772-774, CPC)

Não são incómodos as manobras protelatórias e abusivas que embarçam ou frustram os resultados práticos de execução. É o caso da esquivada do executado de receber a citação/intimação inicial; do ato do executado, quando já citado/intimado, de desfazimento ou ocultamento de seus bens penhoráveis ou de sua omissão em indicar outros bens passíveis de penhora (quando não indica bem sem valor ou bem inexistente); da atitude

não penhorados*.

140. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, 11ª ed., cit., p. 260.

do terceiro ou do próprio executado que se recusa ou se omite em exibir dados e documentos relevantes para execução etc.

Preocupado com esses reverses típicos do procedimento executivo, o legislador, no art. 772, CPC, muniu o juiz de poderes de direção da execução. O art. 772 é uma manifestação específica do art. 139, CPC, que já atribui poderes gerais para o magistrado dirigir qualquer processo – também aplicáveis subsidiariamente à execução. O objetivo do art. 772, CPC, é especializar o regramento geral, conferindo três poderes específicos para o magistrado diretor da execução, que poderão ser exercidos a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento¹⁴¹.

O art. 772, I, CPC, atribui ao magistrado o poder de *determinar o comparecimento das partes*, a qualquer momento, para obter esclarecimentos, para tentar conciliá-las, e, até mesmo, para adverti-las, em caso de deslealdade. É pertinente a ressalva de Pontes de Miranda no sentido de que o juiz pode ordenar o comparecimento de *qualquer interessado*, pois é possível, por exemplo, que seja caso de embargos de terceiro¹⁴². Dentre esses terceiros interessados, podem ser considerados, também, terceiros os credores penhorantes, o adquirente do bem alienado de modo fraudulento etc.¹⁴³.

O art. 772, II, CPC, confere ao juiz o poder de *advertir o executado* (ou qualquer outro sujeito que participe do processo, ressalve-se) de que sua conduta é atentatória à dignidade da jurisdição, o que deve fazer por decisão expressa e fundamentada¹⁴⁴. A regra concretiza o princípio do contraditório e a regra que proíbe a decisão surpresa (art. 10, CPC). Essa advertência é pressuposto indispensável para que o sujeito admoestado sofra a punição¹⁴⁵ do art. 774, parágrafo único, CPC (ou outras sanções), sob pena de nulidade¹⁴⁶.

141. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 6, p. 262; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 306.

142. MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Pontes de Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Atualização de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 359.

143. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6 cit., p. 262.

144. ASSIS, Araken de. "Processo de Execução. Execução em Geral. Disposições Gerais." In: ARRUDA ALVIM, Angélica; ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo; LEITE, George Salomão (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 877.

145. A esse propósito, destaca-se a existência de entendimento do STJ no sentido de que a punição pode ser aplicada de imediato, dispensando a prévia advertência do devedor de que a sua conduta constitui ato atentatório à dignidade da justiça. A advertência deve ficar a critério do juiz, diz-se, podendo ser adotada quando entender que será efetivamente provelta (STJ, 3ª T., RESP n. 1.101.500/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.05.2011, publicado no DJe de 27.5.2011; STJ, 4ª T., RESP n. 1.192.155/MG, rel. Min. Raul Araújo, j. 12.08.2014, publicado no DJe de 01.09.2014). Trata-se de entendimento seguido por, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, Salvador, 2016, p. 985.

146. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6 cit., p. 262. Sustentam ser pressuposto indispensável para incidência da multa, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo*