

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**FRAUDE CONTRA CREDORES E FRAUDE À
EXECUÇÃO: ASPECTOS COMPARATIVOS**

CURITIBA
2002

PRISCILA BOAROTO

FRAUDE CONTRA CREDORES E FRAUDE À EXECUÇÃO: ASPECTOS COMPARATIVOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

CURITIBA
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

PRISCILA BOAROTO

FRAUDE CONTRA CREDORES E FRAUDE À
EXECUÇÃO: ASPECTOS COMPARATIVOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca examinadora:

Orientador:


Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

Examinador:


Prof. Alcides A. Munhoz da Cunha

Examinador:


Prof. Sergio Cruz Arenhardt

Curitiba, 20 de setembro de 2002

“A Ética é um princípio que não pode ter fim”

SUMÁRIO

RESUMO	v
1. INTRODUÇÃO	01
2. A FRAUDE NO DIREITO BRASILEIRO	03
2.1 A FRAUDE E A BOA-FÉ.....	04
2.2 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL.....	05
2.3 A FRAUDE E OS DEMAIS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	11
2.4 EFEITOS DO ATO FRAUDULENTO.....	13
3. ASPECTOS GERAIS DA FRAUDE CONTRA CREDITORES	15
3.1 ATOS REVOGÁVEIS.....	18
3.2 AÇÃO PAULIANA OU AÇÃO REVOCATÓRIA.....	21
3.2.1 Natureza.....	21
3.2.2 Requisitos.....	22
3.2.3 Efeitos.....	25
3.3 FRAUDE CONTRA CREDITORES E EMBARGOS DE TERCEIRO.....	28
4. ASPECTOS GERAIS DA FRAUDE À EXECUÇÃO	34
4.1 HIPÓTESES.....	35
4.2 REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO.....	40
4.3 TERCEIRO ADQUIRENTE.....	42
4.4 EFEITOS.....	44
5. ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE A FRAUDE CONTRA CREDITORES E A FRAUDE À EXECUÇÃO	46
5.1. SEMELHANÇAS.....	46
5.2. DISTINÇÕES.....	48
5.3. CUMULAÇÃO E FUNGIBILIDADE.....	53
6. CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

RESUMO

O presente trabalho visa abordar a questão da fraude tendente a prejudicar credores, bem como os mecanismos jurídicos existentes para o combate deste vício, para que os bens retornem ao patrimônio do devedor, mantendo-se a garantia de cumprimento de suas obrigações. Tratar-se-á da fraude em seu duplo aspecto, ora como defeito dos atos jurídicos, caracterizando-se a “fraude contra credores” e ora como violação da função processual, caracterizadora da “fraude de execução”. Para tanto, parte-se dos aspectos gerais da fraude, fazendo-se um paralelo entre os institutos da fraude contra credores e da fraude de execução, apontando-se suas semelhanças e distinções, na busca pelo combate ao ato fraudulento, para que o ordenamento jurídico ofereça meios eficientes de satisfação da pretensão dos credores.

1. INTRODUÇÃO

O Direito sempre demonstrou sua repulsa à fraude, valorizando a boa-fé e condenando aqueles que agem de má-fé. A preocupação em criar mecanismos de combate à fraude visa proteger diretamente a pessoa lesionada, visto que o ato fraudulento não representa uma violação direta à lei. Sua ilegalidade reside no efeito propiciado: prejudicar ou lesar alguém.

Utilizando-se dos próprios atos jurídicos, mas os empregando de maneira irregular e ilícita, os fraudadores burlam as reais finalidades do ato em questão para atingir propósitos antijurídicos. Assim, forma-se uma falsa aparência de legalidade, encobrendo-se o intuito fraudulento e o desejo de se obter o resultado defeso em lei.

A fraude sempre foi combatida pelo Direito, principalmente quando representa uma ameaça à garantia da responsabilidade patrimonial. É certo que a humanidade já passou pela fase em que o devedor responsabilizava-se pessoalmente por suas dívidas, pagando-as com sua liberdade de ir e vir ou até mesmo com sua própria vida. Nesse sentido, a transferência da responsabilidade pessoal do devedor para o seu patrimônio constituiu uma grande evolução, pois a execução corporal foi substituída pela responsabilidade patrimonial.

Levando-se em conta a regra geral de que somente os bens do devedor podem satisfazer suas obrigações, percebe-se a importância de que existam mecanismos jurídicos que evitem que o devedor se desfaça fraudulentamente de seu patrimônio, com a intenção de lesionar os seus credores.

Nessa esteira, o presente trabalho terá por meta traçar as linhas gerais dos principais institutos de combate às fraudes patrimoniais, oferecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Partir-se-á de uma análise dos institutos da fraude contra credores e da fraude à execução, sendo estas medidas conservatórias do patrimônio do devedor para garantia de seus credores. Para tanto, procurar-se-á delinear a figura da fraude nas relações jurídicas, para posteriormente apresentar-se as características gerais de ambos os institutos. Ao final, procurar-se-á estabelecer as principais semelhanças e distinções entre as figuras da fraude contra credores e da fraude à execução.

Ressalta-se que a análise feita no presente trabalho tem como campo de estudo o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o instituto da fraude à

execução é próprio desse sistema. Dessa maneira, não se procurou traçar um paralelo com o direito comparado, apenas um estudo comparativo entre os dois institutos, tal como se apresentam perante o ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, vale ressaltar que não houve uma análise aprofundada da figura da fraude contra credores e da fraude à execução, mas tão-somente a caracterização de seus principais aspectos, a fim de que fosse possível o estabelecimento de um paralelo entre ambos os institutos.

A análise dessas categorias tem por objetivo estabelecer as hipóteses em que se configura o ato fraudulento. A partir daí, apresentar-se-ão os mecanismos jurídicos aplicáveis à solução do conflito existente entre os interesses do devedor alienante e do credor prejudicado, não se esquecendo de analisar a situação do terceiro adquirente, envolvido na prática do negócio tido como fraudulento.

2. A FRAUDE NO DIREITO BRASILEIRO

Desde muito tempo, os homens utilizam-se de artifícios e meios ardilosos para ferir direitos e interesses de terceiros. Muitas vezes, fazem uso dos próprios atos jurídicos, empregando-os de maneira irregular e ilícita, buscando atingir finalidades antijurídicas. Na aparência de atos jurídicos perfeitos, esconde-se a verdadeira intenção fraudulenta. Dessa forma, apenas um exame aprofundado da situação permitirá detectar onde reside a fraude, uma vez que esta se fixa num elemento externo ao ato, qual seja, a intenção de obter o resultado defeso em lei.

Os doutrinadores reconhecem a gravidade da fraude, tentando combatê-la de todas as maneiras. Cada vez mais os Tribunais preocupam-se em amparar os direitos lesados e recompor os patrimônios atingidos. Entretanto, não se chegou a um princípio geral, que abranja todas as modalidades fraudulentas. O princípio "*fraus omnia corrumpit*" tem sido utilizado como fundamento para o desfazimento do negócio fraudulento, pois quem causa um dano deve repará-lo. Esse princípio tem sido criticado por alguns doutrinadores, que sustentam a ausência de sua previsão legal, bem como sua imprecisão. No entanto, é aceito pela maioria da doutrina e jurisprudência, na falta de previsão legal para todos os casos.

A fraude está revestida de maior gravidade que o dolo, tendo em vista que neste, o agente emprega artifícios e artimanhas diretamente à pessoa com quem contrata, permitindo que a vítima se defenda. Na fraude, contudo, fere-se o direito de terceiros, impossibilitando-os de se opor à violação que estão sofrendo. Humberto THEODORO JÚNIOR¹ afirma que enquanto o agente do dolo atua às claras, permitindo reação da vítima a tempo de defender seus direitos e de evitar a consumação do dano, na fraude, a vítima é surpreendida, pois o agente atuou às escondidas, consumando a lesão do patrimônio alheio sob a aparência de inocente exercício do direito. Nesse caso, só resta ao lesado recorrer ao Poder Judiciário para invalidar o ato fraudulento.

O instituto da fraude está indiscutivelmente em afronta com a moral no Direito. O legislador, tendo em vista os preceitos éticos, procura traçar determinado

¹ THEODORO JÚNIOR, H. Fraude contra credores e fraude de execução. **Revista dos Tribunais**, nº 776, jun. 2000, p. 13.

padrão de comportamento, para que cada um se comporte honestamente, respeitando os direitos e patrimônios alheios. É por esse motivo que a reação contra a fraude assume grande importância em todos os ramos do ordenamento jurídico, sejam públicos ou privados.

JOSSERAND², citado por Alvino LIMA (1965, p. 4), adverte que “a fraude, que vicia todos os atos, que faz cessar a aplicação de todas as regras jurídicas, não pode ter livre curso sob a égide muito complacente do direito; ela deve ser ferida impiedosamente, se não é o próprio direito que, posto ao serviço dos desejos anti-sociais, parodiado por seus depositários, correria o risco de manobras sob o golpe dessa profanação.”

2.1. A FRAUDE E A BOA-FÉ

O termo “fraude” deriva do latim *fraus, fraudis*, que significa “dolo, burla, engano, logração, abuso de confiança, logro, ação praticada de má-fé. Quem cogita, portanto, de fraude no plano jurídico, pensa em astúcia ou malícia para lesar alguém, por meio de conduta desleal, mentirosa e injurídica”.³ Dessa forma, a fraude é a manobra utilizada para lesar e prejudicar terceiros.

Nessa esteira, o ordenamento jurídico prepara-se para combater a fraude, atentando para a valorização da boa-fé e repulsa à má-fé. O princípio da boa-fé está traduzido no dever de lealdade e confiança que deve existir nas relações entre as pessoas. Conforme preceitua Alvino LIMA,⁴

sua influência no disciplinar e resolver os conflitos de interesse é quase sempre decisiva, no sentido de proteger os que agem lealmente, com probidade, ou na ignorância excusável das situações antijurídicas; em sentido contrário, a lei repele as pretensões dos que agem de má-fé, impondo-lhes penalidades, restringindo-lhes as faculdades e poderes, ou proclamando a nulidade, a anulação, ou a ineficácia dos seus atos jurídicos. O princípio da boa-fé, constitui, pois, a regra fundamental das relações humanas, quer na constituição das obrigações, como na sua execução; quer na confecção dos atos jurídicos, como, de um modo geral, em quaisquer atos que possam atingir os interesses de terceiros.

² JOSSERAND, L. **De l'Abus de Droit**, p. 51.

³ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 12.

⁴ LIMA, A. **A Fraude no direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 10-11.

Apesar de não haver uma regra explícita em nosso ordenamento, a boa-fé coloca-se como pressuposto indispensável nas relações jurídicas. Constitui um verdadeiro dever dos contraentes, que não se resume apenas a um “*alterum non laedere*”, ou seja, um abster-se do dolo ou da fraude. Não basta uma atitude omissiva de lealdade, pois se exige também uma atitude de cooperação, para que se atenda de maneira satisfatória a expectativa da outra parte. Assim, o devedor não está adstrito apenas a cumprir o que prometeu: ele deve fazer tudo o que está ao seu alcance para que a outra parte atinja o resultado pleno da prestação.

Dentro dessa perspectiva, exige-se não apenas a boa-fé subjetiva dos contraentes, mas também a boa-fé objetiva. Para tanto, faz-se necessária a visualização ampliada do princípio da boa-fé, ou seja, não se pode ficar reduzido à sua porção subjetiva, qual seja a de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular. Deve-se também privilegiar o seu aspecto objetivo, de modelo de conduta social, baseado na honestidade, retidão, lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses da outra parte contratante. Judith M. COSTA⁵ assevera que “por boa-fé objetiva se quer significar modelo de conduta social, arquétipo ou *standart* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade.”

Em contrapartida a essa conduta estão aqueles que agem de má-fé, com dolo ou fraude, indo de encontro à lei e ferindo interesses alheios. Dessa maneira, “o conceito de fraude participa, *in genere*, da má-fé, como negação do princípio da boa-fé.”⁶ Nesse sentido, a repressão à fraude configura mecanismo de eficácia das normas jurídicas e de proteção dos direitos dos jurisdicionados.

2.2. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Ao lado do princípio da boa-fé, o princípio da responsabilidade patrimonial também visa à tutela dos direitos dos credores. Por esse princípio, os bens do

⁵ COSTA, J.M. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

⁶ CAHALI, Y.S. **Fraude contra credores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 43.

devedor respondem por suas obrigações, em caso de inadimplemento das prestações.

O princípio da responsabilidade patrimonial decorre do conceito de obrigação, sendo esta compreendida como vínculo jurídico que une duas pessoas, na medida em que uma delas pode exigir da outra uma prestação economicamente apreciável. A doutrina diverge no que diz respeito ao conceito de obrigação. Para a doutrina tradicional, a relação obrigacional possui caráter pessoal, de simples relação entre credor e devedor. O credor não é detentor de meios coercitivos contra a pessoa do devedor, visto que não pode atingir sua liberdade. Nesse sentido, havendo inadimplemento da prestação, a responsabilidade patrimonial surgiria como conseqüência desse inadimplemento, substituindo a prestação do devedor.

São várias as concepções que combatem essa postura tradicional, mas de uma forma geral, negam a existência do elemento pessoal. Para essa segunda corrente, a responsabilidade patrimonial constitui direito do credor, tendo em vista que a obrigação do devedor constitui tão-somente uma expectativa de satisfação do credor. Assim, o direito do credor estaria impresso nos próprios bens do devedor, constituindo verdadeiro direito real de garantia sobre o patrimônio do devedor.

Afora as discussões, prevaleceu o conceito binário de obrigação, oriundo do direito alemão. Nessa esteira, o cerne da obrigação não estaria no dever jurídico de executar a prestação e no direito do credor em exigí-la, mas na responsabilidade patrimonial do devedor. Distinguem-se, dessa forma, dois elementos: de um lado o *débito*, correspondente ao dever de cumprir a prestação e o direito de se exigir o seu adimplemento pela parte contrária; de outro, a *responsabilidade*, garantindo o direito de agressão ao patrimônio do devedor.

Nessas condições, havendo o inadimplemento, há sujeição do patrimônio do devedor ao poder de agir do credor, o que vale dizer que o poder do credor não incide sobre um ato do devedor, mas sobre os seus bens. Segundo LIEBMAN⁷, “o patrimônio do devedor representa para o credor a garantia de poder conseguir, em caso de inadimplemento, satisfação coativa pelos meios executivos.”

Hoje é pacífico o entendimento de que há um monopólio estatal sobre o poder de zelar pela paz social e pelo bem comum. É o Estado quem dita as normas

⁷ LIEBMAN, E.T. **Processo de execução** (com notas de atualização do Prof. Joaquim Vinhoz de Mello). São Paulo: Saraiva, 1980, p.105.

que regem as relações interindividuais e garante o seu cumprimento, mas isso não foi observado em todas as épocas da civilização humana. No direito romano, era a pessoa do devedor que respondia por suas dívidas, que podiam ser pagas com sua liberdade ou até mesmo com sua própria vida: era a chamada *manus injectio*⁸, que nada mais era do que uma forma pura e simples de manifestação de autotutela. A evolução da humanidade fez com que a execução corporal fosse transferida para os bens do devedor, consagrando-se o princípio da responsabilidade patrimonial.

A *Lex Poetelia* de 326 a.C. tornou o patrimônio do devedor a principal garantia do credor. Essa responsabilidade patrimonial corresponde a uma expectativa de satisfação, na medida em que os bens do devedor servem de garantia comum do direito de seus credores, o que significa que todos os bens e valores que integram o seu patrimônio respondem pelas obrigações que haja contraído. Cumpre ressaltar que a responsabilidade patrimonial não corresponde a um direito específico sobre determinado bem do devedor, mas lhe assegura a possibilidade de sujeitar todos os seus bens à execução.

Tendo em vista que os bens do devedor constituem garantia comum de seus credores, todos os valores que integram o seu patrimônio respondem por suas obrigações. Daí decorre a regra genérica acerca da responsabilidade patrimonial, no sentido de que o devedor responde por suas obrigações com todos os seus bens, presentes e futuros⁹. Portanto, o princípio geral é o de que o devedor responde por suas obrigações com os bens e direitos que se encontram no seu patrimônio, no

⁸ Cândido Dinamarco relata as distinções entre a execução corporal do direito romano e a responsabilidade patrimonial dos dias de hoje, afirmando que: “hoje, sofre a execução uma série de limitações políticas, em nome de inalienáveis valores humanos que se traduzem nos chamados *direitos da personalidade*. É pacífico que o devedor responde pelas obrigações contraídas, apenas com o seu patrimônio e não com seu corpo, sendo excepcionalíssimos os casos de prisão civil; e que a execução deve parar no momento em que se atinge o ponto de satisfação do credor ou em que se começa a invadir o mínimo patrimonial necessário à subsistência do devedor. Mas isso foi o resultado de uma longa evolução, fruto de uma experiência e da influência do cristianismo e de princípios socialistas no direito e na mentalidade dos povos. Os romanos, ao menos no período arcaico de seu direito processual (período das *legis actiones*, que perdurou até ao século II a.C.), não haviam aprendido a distinguir entre o corpo e o patrimônio das pessoas, de modo que, por exemplo, aquele que se obrigara mediante o *nexum* ficava ligado ao credor por estreitíssimo vínculo pessoal; no caso de quebra da palavra empenhada, deveria responder pela infidelidade. Daí o caráter penal da execução romana, exercida sobre o corpo do devedor e que trazia ainda a marca da infâmia.” (DINAMARCO, 1997, p. 32).

⁹ “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei” (CPC, art. 591).

momento da execução¹⁰. O executado será ao mesmo tempo obrigado e responsável, originando a responsabilidade primária.

Essa regra geral¹¹ se desdobra em duas proposições: todos os bens e direitos do devedor estão sujeitos ao poder do credor; e apenas os bens do devedor respondem por suas obrigações. Significa que bens e direitos do devedor respondem por suas obrigações, independentemente de estarem em sua posse ou em poder de terceiros (CPC, art. 592, III). É evidente que se o terceiro possuir direito legítimo sobre o bem, este será respeitado, submetendo-se à execução apenas o direito que couber ao executado¹².

Existem, no entanto, exceções a essa regra, que dizem respeito aos casos em que alguns bens do devedor não respondem por suas dívidas e a alguns casos em que bens de terceiros respondem pelas obrigações do devedor.

Por razões de ordem política, social ou humanitária, a própria lei elenca algumas restrições à responsabilidade patrimonial, formando um grupo de bens do devedor que fogem da ação do credor. Essa restrição decorre do próprio texto legal: *salvo as restrições estabelecidas em lei* (CPC, art.591, *in fine*).

Assim, excluem-se da responsabilidade do devedor os bens absolutamente e relativamente impenhoráveis. Bens absolutamente impenhoráveis são aqueles que, em hipótese nenhuma se sujeitam à penhora e alienação, ainda que, para tanto, a execução reste infrutífera. O artigo 649 do Código de Processo Civil elenca o rol de tais bens, mas deve-se ressaltar que esse rol não é taxativo, citando-se como exemplo a Lei nº 8099/90, que trata da impenhorabilidade absoluta do bem de família. Bens relativamente impenhoráveis são aqueles que, na falta de outros, podem ser expropriados ou penhorados (CPC, art. 650).

Os bens do devedor gravados de hipoteca e penhor também escapam da responsabilidade patrimonial, não porque não possam ser penhorados e alienados,

¹⁰ LIEBMAN, op. cit., p. 99.

¹¹ Cândido Dinamarco tece uma crítica considerável a respeito da regra geral da responsabilidade patrimonial. Para ele, seria ilógico se falar na inclusão na responsabilidade de bens posteriores à execução (*futuros*), uma vez que ficam excluídos da sujeitabilidade dos atos de execução forçada alguns bens posteriores ao momento da constituição da obrigação. Além disso, sujeitar à execução todos os bens que o devedor tinha no momento da constituição da obrigação, seria “congelar” o seu patrimônio. Esse congelamento não seria viável, pois somente em alguns casos excepcionais se altera a regra da responsabilidade, excluindo a eficácia dos atos de disposição. São os casos, por exemplo, de fraude contra credores e de fraude à execução (DINAMARCO, 1997, p. 245).

¹² LIEBMAN, op. cit., p. 100.

mas porque o resultado obtido com a alienação judicial será destinado primeiramente aos credores detentores da garantia. Deve-se ressaltar que o bem penhorado não é impenhorável¹³, visto que pode ser objeto de novas penhoras. Destaca-se, ainda, a inexistência de responsabilidade por obrigação decorrente de jogo não regulamentado (CC, art. 1477). Por fim, os bens públicos também são impenhoráveis, aplicando-se a eles regime especial, previsto pela Constituição Federal.

Por outro lado, há casos em que a responsabilidade patrimonial incide sobre bens passados, ou seja, bens que pertenceram ao devedor, mas que não mais pertencem no momento da execução. São as hipóteses, por exemplo, de bens alienados em fraude contra credores (CC, arts. 106-113) e em fraude de execução (CPC, arts. 592, V¹⁴ e 593), de bens hipotecados ao credor e depois alienados a terceiros e de bens alienados quando já gravados de penhora. Ainda, no que toca a responsabilidade de terceiros, destacam-se as hipóteses dos bens do sócio (CPC, art. 592, II); dos bens do cônjuge (CPC, art. 592, IV) e dos bens do devedor que estão na mera posse de terceiros e que respondem pelas obrigações contraídas pelo devedor (CPC, art. 592, III). Por fim, tem merecido destaque a chamada “teoria da desconsideração da pessoa jurídica”, segundo a qual pode-se estender a responsabilidade da empresa ao sócio.

Esses terceiros, apesar de não poderem ser executados pessoalmente, respondem com um ou alguns de seus bens, abrangidos pela execução que se processa contra o devedor. Segundo LIEBMAN¹⁵, eles não são partes na execução, mas suportam suas conseqüências, assumindo uma “responsabilidade executória secundária”.

Nesses casos, para que haja satisfação do credor, a lei precisa conter mecanismos que assegurem a reconstituição do patrimônio do devedor, estendendo a responsabilidade pela solvência a terceiros. De nada adiantaria o ordenamento assegurar o direito de o credor acionar o devedor se ele não tivesse meios efetivos

¹³ CAHALI, op. cit., p. 35.

¹⁴ Araken de Assis, em seus Comentários ao Código de Processo Civil assevera que essa hipótese do artigo 592, V do CPC não configura hipótese de responsabilidade secundária, porque na realidade os bens integram o patrimônio do obrigado em razão da ineficácia do ato fraudulento perante o credor. (ASSIS, 1999, p. 223)

¹⁵ LIEBMAN, op. cit., p. 96.

para reconstituir o patrimônio fraudulentamente desfeito¹⁶. Essa extensão de responsabilidade patrimonial aos bens do terceiro decorre de sua interferência na violação do contrato em questão¹⁷. A responsabilidade de terceiros é considerada por muitos autores¹⁸ como uma responsabilidade civil extracontratual, pois o terceiro que intervém na relação ciente da fraude do devedor age com culpa.

Num primeiro momento, pode-se pensar que a regra da responsabilidade patrimonial entra em conflito com o direito que o devedor tem de usar, gozar e dispor de seus bens (CC, art. 524). Contudo, deve-se ter em mente que o devedor é o administrador de seus bens, mas deve administrá-los de maneira que não prejudique os seus credores. Dessa forma, o princípio da responsabilidade patrimonial cria uma garantia real para o credor, fazendo com que o devedor tenha o dever de amparar o seu patrimônio, obedecendo aos limites impostos para disponibilidade de seus bens.

Nesse sentido, a lei reconhece ao devedor o direito de contratar e, conseqüentemente, de alienar seus bens, mas impõe como limite o fato de que essas alienações não causem prejuízo aos credores¹⁹, pela falta de outros bens capazes de satisfazer os seus créditos. Assim, não há qualquer restrição legal aos atos de alienação do devedor, a não ser que essa alienação seja fraudulenta. Para evitar que isso ocorra, a lei concede ao credor um poder de vigilância sobre os atos de disposição do devedor, configurando um verdadeiro *ius vigilandi in fraudem*.

Nesse sentido, vale ressaltar o entendimento de LIEBMAN²⁰, para o qual o patrimônio do devedor representa para o credor a garantia de poder conseguir a satisfação coativa através de meios executivos, caso haja inadimplemento. Para ele, “toda alienação dos bens do devedor é, pois, potencialmente um prejuízo para o credor, que corre o perigo de não poder realizar execução frutífera por falta de objeto”. Apesar disso, a lei confere ao devedor absoluta liberdade de contratar, com um único limite de as alienações não serem feitas em prejuízo de seus credores.

¹⁶ LIMA, A. de M. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 1991, p. 420.

¹⁷ CAHALI, op. cit., p.41.

¹⁸ ALVINO LIMA, op.cit., p. 25.

¹⁹ LIEBMAN, op. cit., p. 105.

²⁰ Id.

2.3. A FRAUDE E OS DEMAIS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Como já foi mencionado, a fraude, juntamente com o dolo e a simulação, representam uma negação ao princípio da boa-fé. No entanto, deve-se fazer uma distinção entre a fraude e os demais defeitos dos negócios jurídicos. Teixeira de Freitas, em sua “Consolidação das Leis Civis”, no artigo 358, já priorizava a necessidade dessa distinção.

A fraude distingue-se do erro essencial. O erro essencial é um típico vício de consentimento, pois o agente emite uma declaração de vontade que não corresponde com o seu íntimo e verdadeiro querer, em virtude da falsa noção que tem sobre qualquer dos elementos do ato jurídico. Há uma divergência entre a vontade manifestada e a real intenção de quem a exteriorizou. No erro, o agente engana-se sozinho, sendo o único legitimado para reclamar a invalidação do negócio. Na fraude, o vício tende ao prejuízo de pessoa que não interveio no negócio celebrado. Além disso, na fraude, diferentemente do erro, o agente procede com pleno e total conhecimento dos fatos, não havendo uma percepção errônea da realidade.

Distingue-se também a fraude do dolo, apesar de ambos os institutos estarem permeados pela má-fé. No dolo, induz-se o agente em erro, criando-lhe uma falsa percepção da realidade, fazendo com que emita uma enganosa declaração de vontade. Aqui, induz-se alguém à prática de um ato que o prejudica, mas favorece o autor do dolo ou terceiro, estando presente o elemento do erro. Tanto no dolo quanto na fraude utilizam-se artifícios ou expedientes astuciosos, mas na fraude não se pretende ludibriar uma das partes, pois ambas podem até estar de acordo; há intenção de se prejudicar um terceiro que não interveio no contrato. O dolo não acarreta a nulidade do ato, *uma vez que a lei apenas confere* a faculdade de o prejudicado agir judicialmente para desconstituir o ato anulável. Na fraude, o ato é perfeito, não havendo vício na declaração de vontade, tornando-se ineficaz apenas perante o credor frustrado em sua garantia. Por fim, é próprio da fraude o resultado prejudicial ao credor, enquanto que no dolo há controvérsia doutrinária no que diz respeito à necessidade de se constituir o dano, ou seja, discute-se se há possibilidade de anulação do ato maculado pelo dolo, mas que não trouxe qualquer prejuízo à vítima.

Por fim, a fraude distingue-se da simulação fraudulenta, apesar de se aproximarem pela identidade de determinados pressupostos. Em ambos os institutos o agente atua maliciosamente e do seu ato pode resultar ou resultará sempre um dano a um terceiro. A diferença é que na fraude, o ato em si é perfeito e válido, viciado apenas pelo elemento “fraude”, o que permite sua revogação em relação ao demandante. Na simulação, o ato não existe, porque as partes não querem efetivamente constituir o negócio, apenas fazer parecer que ele foi concretizado. Assim, na simulação as partes celebram aparentemente um contrato, mas os agentes não possuem a intenção de se enganarem, enquanto que na fraude o ato é verdadeiro, mas praticado para lesar terceiros.

Mendonça LIMA²¹ afirma que é indiferente para o credor que o ato tenha sido simulado ou fraudado, porque em ambos os casos, o bem terá “desaparecido” do patrimônio do devedor. A diferença é que, na simulação, a coisa aparentemente alienada continua a fazer parte do patrimônio do devedor, porque não terá havido ato de disposição, enquanto que na fraude, a coisa efetivamente saiu da esfera patrimonial do devedor e o objetivo é fazer com que ela retorne. Alvino LIMA²² preceitua que “no ato fraudulento almeja-se o negócio tal como foi efetivado e aguardam-se os seus efeitos regulares e próprios; ele constitui um meio regular de que lança o fraudador para prejudicar terceiros: é um meio lícito, em si mesmo, para fim ilícito.”

Destacam-se ainda as distinções entre as ações de simulação e a ação pauliana (revocatória dos atos fraudulentos). Ambas pressupõem a existência de um prejuízo, mas a ação de simulação não está subordinada à condição de insolvabilidade do devedor, de anterioridade do crédito e nem à condição de fraude. Além disso, na ação de simulação a sentença tende à desconstituição do ato simulado, produzindo efeitos *erga omnes*. Na fraude contra credores, a sentença declara a ineficácia relativa do ato, pois este não pode mais ser oponível ao autor da ação, mas será aproveitado em ralação aos demais²³. Essas distinções são de fácil percepção no plano teórico, mas na prática, tornam-se de difícil discernimento,

²¹ MENDONÇA LIMA, op. cit., p. 441.

²² ALVINO LIMA, op. cit., p. 31.

²³ CAHALI, op. cit., p. 52-53.

porque muitas vezes a simulação apresenta-se como elemento da fraude na ação pauliana.

2.4 EFEITOS DO ATO FRAUDULENTO

Para que seja aplicada a devida sanção aos atos fraudulentos, deve-se analisar os efeitos que estes geram no mundo jurídico. Cândido DINAMARCO²⁴ analisa a eficácia dos negócios jurídicos, para então concluir que o ato fraudulento é tão-somente um ato ineficaz perante o ordenamento.

Parte-se de uma distinção entre eficácia primária e secundária do negócio jurídico. Nos atos de alienação ou oneração patrimonial, a eficácia primária (também denominada de *programada*) é “a própria transferência do domínio ou constituição de ônus sobre o bem (hipoteca, etc)”²⁵. O efeito primário decorre da liberdade de disposição que as pessoas detêm sobre os seus bens, mas se deve advertir que,

o efeito programado de um negócio jurídico, porém (o seu efeito típico), não exaure a potencialidade que ele tem de produzir alterações no mundo jurídico e nas relações entre as pessoas. A relevância jurídica de um negócio não tem necessariamente a mesma dimensão do objetivo sócio-econômico que motivou o ato voluntário do agente. Independentemente da vontade deste, o negócio jurídico irradia outros efeitos não previstos ou mesmo não queridos, não dispostos de modo expresso, mas impostos imperativamente pela lei ou pelo sistema jurídico²⁶.

Os efeitos secundários do negócio jurídico não decorrem propriamente da vontade das partes, mas da discricionariedade do legislador, que os entendeu como úteis. Um dos principais efeitos secundários da alienação ou oneração de bens é o de se retirar o bem alienado do conjunto patrimonial que forma a garantia dos credores do alienante. “Com o ato de alienação ele passa a ser um bem *pretérito* e sobre ele ordinariamente não incide a responsabilidade, que o Código e o sistema de direito positivo fazem incidir apenas sobre os bens presentes e futuros (CPC, art. 591).”²⁷

Dessa maneira, o ato fraudulento atingiria tão-somente a eficácia do ato, tornando-o apenas *inoponível* a certos credores. No tocante ao conceito de

²⁴ DINAMARCO, C. R. **Execução civil**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

²⁵ *Ibid.*, p. 252.

²⁶ *Ibid.*, p. 253.

²⁷ *Ibid.*, p. 254.

inoponibilidade, Cândido DINAMARCO aduz que se trata de “negação do efeito secundário consistente em subtrair o bem à responsabilidade civil pela obrigação do alienante-devedor. O efeito programado, que é o de alienar ou gravar o bem, permanece e existe perante todos. E aquele efeito suprimido, nos seus próprios limites, simplesmente não existe para ninguém.”²⁸

Deve-se ressaltar que esse entendimento não é unânime em nossa doutrina, na medida em que há autores que fazem distinção quanto aos efeitos do ato fraudulento praticado em fraude contra credores e do ato praticado em fraude de execução. Para essa parte da doutrina, os atos afetados pela fraude contra credores são anuláveis, enquanto que os atos visados pela fraude de execução são ineficazes. Enquanto os primeiros são desfeitos, desconstituídos; os segundos são declarados. Explicam essa diversidade de efeitos em razão da diversidade de origem de cada instituto. A questão será melhor explicitada nos capítulos atinentes à análise de ambos os institutos.

²⁸ Ibid., p. 260.

3. ASPECTOS GERAIS DA FRAUDE CONTRA CREDORES

Considera-se em fraude contra credores qualquer ato praticado pelo devedor insolvente ou reduzido à insolvência por este, em detrimento dos seus credores²⁹. “Consiste em ato de disposição de bens orientado pela vontade e consciência de prejudicar credores, na medida em que provoca a insolvência do disponente, diminuindo seu patrimônio de forma a impedir a satisfação do crédito.”³⁰

Decorre do princípio da responsabilidade patrimonial, pois se o devedor desfalca maliciosamente o seu patrimônio, a ponto de não garantir mais o pagamento de todas as suas dívidas, tornando-se assim insolvente, com o seu passivo superando o ativo, configura-se a fraude contra credores. No entanto, a fraude contra credores só se caracteriza se o devedor já for insolvente ou assim se tornar em razão de um desfalque patrimonial, pois se for solvente, ou seja, se o seu patrimônio for suficiente para saldar suas dívidas, possui ampla liberdade de disposição sobre seus bens.

A fraude contra credores pressupõe, assim, o ato praticado pelo devedor imbuído de má-fé, desfalcando-se de seu patrimônio, ficando insolvente de modo a não poder honrar com os seus compromissos financeiros, prejudicando-se de tal forma seus credores, que confiam em seu patrimônio como meio de sua solvabilidade. O devedor para não honrar suas obrigações, pratica então ato de disposição dos bens que possui, tido como injusto, posto que sem causa, ficando o credor sem meios de acionar o Poder Judiciário para executar seu crédito e penhorar bens do devedor que estão sujeitos à execução³¹.

O Código Civil incluiu a fraude contra credores no elenco dos defeitos do negócio jurídico, não como vício de consentimento, mas como vício social, de desconformidade entre a declaração de vontade e o ordenamento jurídico (CC, art. 106). Segundo o Código, a sanção é a anulação do ato, visando à proteção do direito do credor, que tem no patrimônio do devedor a garantia de realização do seu crédito.

A caracterização da fraude contra credores pressupõe a existência de dois elementos, sendo um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo é o *eventus*

²⁹ OLIVEIRA, L. L. de. **Da ação pauliana**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5.

³⁰ WAMBIER, L. R. et al. **Curso avançado de processo civil - Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 2, p.105.

³¹ PARIZATTO, J. R. **Fraude de execução e fraude contra credores**. 2. ed., Ouro Fino: Edipa – Editora e Distribuidora Parizatto, 2000, p. 45.

damni, também chamado de dano pauliano, que constitui o dano efetivamente causado ao credor pelo ato do devedor insolvente, ou por ele reduzido à insolvência. Assim, o ato de alienação tem que ser realmente prejudicial ao credor, pois se o devedor permanecer solvente, com patrimônio suficiente para saldar suas dívidas, sua liberdade de dispor de seus bens é ampla, ainda que resolva se desfazer dos seus melhores bens³².

Esse prejuízo ocorre quando, em decorrência do ato, o devedor se torna absoluta ou relativamente insolvente³³. Assim, se o direito do credor for atingido pelo ato de disposição do devedor, ainda que lhe cause um prejuízo mínimo, está configurada a fraude. Pode-se dizer, portanto, que tanto a insolvabilidade absoluta quanto a relativa podem autorizar a revogação do ato fraudulento, desde que comprometam a satisfação dos interesses do credor. Além disso, ainda que não tenha se concretizado o dano, o credor pode se valer da revocatória, “desde que seja manifesto o perigo de dano, isto é, desde que, em virtude do ato fraudulento do devedor, já se concretizou a simples possibilidade de que a autuação do direito do mesmo credor corre o risco de ser frustrada, no todo ou em parte.”³⁴

O elemento subjetivo é o *consilium fraudis*, caracterizado pela má-fé do devedor, ou seja, pelo desejo ou consciência do devedor de que seu ato irá causar prejuízo a seus credores, tendo em vista sua insolvabilidade. A doutrina tem se debatido se esse elemento subjetivo configura-se apenas com a consciência por parte do devedor de que seu ato trará prejuízos a terceiros ou se há exigência de que o devedor tenha agido com o propósito deliberado de prejudicar seus credores.

Uma parte da doutrina sustenta que há necessidade do *animus nocendi*, ou seja, o devedor deve ter em mente a intenção deliberada e consciente de fraudar seu patrimônio, garantia de seus credores. No entanto, a opinião dominante é a de que, na realidade, o *consilium fraudis* caracteriza-se tão-somente com a consciência de que o ato será prejudicial aos credores, ou seja, “é suficiente a simples *scientia damni* por parte do devedor.”³⁵

³² OLIVEIRA, op. cit., p. 6.

³³ HANADA, N. **Da insolvência e sua prova na ação pauliana**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 59.

³⁴ ALVINO LIMA, op. cit., p. 144.

³⁵ Ibid., p. 139.

Alvino LIMA³⁶ adverte que o comportamento do devedor não precisa estar necessariamente revestido de dolo, bastando a culpa para caracterizar a violação do dever contratual de abster-se de praticar atos de alienação que dilapidem o seu patrimônio em detrimento da garantia de seus credores.

Outro prisma do *consilium fraudis* consiste no conhecimento por parte do terceiro adquirente acerca da insolvência do devedor, não sendo exigido o acordo entre o devedor e o terceiro, com o intuito de prejudicar os credores. Basta que o terceiro tenha conhecimento ou deva tê-lo, acerca do estado de insolvência do devedor e das conseqüências que resultarão do ato lesivo em relação aos credores. Assim, para a configuração da fraude contra credores exige-se a *scientia fraudis*, isto é, basta que ela seja previsível, mesmo que não seja prevista ou desejada. Nesse caso, o terceiro envolvido na prática do ato fraudulento será denominado de *particeps fraudis*.

Nas hipóteses de anulação de atos gratuitos (CC, art. 106), dispensa-se o elemento subjetivo, o que vale dizer que o ato do devedor é suficiente para a anulação, ainda que o terceiro beneficiário esteja de boa-fé. A lei presume também a má-fé do adquirente quando a insolvência do alienante for notória ou quando houver motivo para ser conhecida do primeiro (CC, art. 107).

Ao regular a matéria, o legislador teve que optar entre proteger o interesse dos credores ou do adquirente de boa-fé. Optou por proteger o terceiro de boa-fé, de modo que se este ignorava a insolvência do alienante ou não tinha motivos para conhecê-la, conservará o bem, não se anulando o negócio. Dessa forma, o credor somente invalidará a alienação se provar a má-fé do terceiro adquirente, ou seja, o conluio fraudulento. Contudo, não se exige que o adquirente esteja mancomunado com o alienante para lesar os credores deste: basta a prova de sua ciência da situação de insolvência do devedor.

Ernesto Antunes de CARVALHO³⁷ fala ainda em um terceiro requisito, que seria a anterioridade do crédito, conforme dispõe o artigo 106 do Código Civil. Assim, não basta ter um crédito, pois ainda se exige que ele seja anterior ao ato que

³⁶ Ibid., p. 140.

³⁷ CARVALHO, E. A. de. Reflexões sobre a configuração da fraude de execução segundo a atual jurisprudência do STJ. **Série de Processo de Execução e Assuntos Afins**. São Paulo, v. 2, 2001, p. 320.

se pretende revogar. O crédito deve existir antes do ato fraudulento, ainda que se trate de obrigação ilíquida e não exigível à época da fraude.

Segundo Yussef S. CAHALI³⁸, a melhor doutrina e a jurisprudência mais atualizada, ainda que minoritária, vem reconhecendo que, apesar de a anterioridade do crédito ser um requisito para procedência da ação pauliana, pode ser afastada quando ocorre a fraude predeterminada para atingir credores futuros.

3.1. ATOS REVOGÁVEIS

O Código Civil estabelece as espécies de negócios jurídicos passíveis de fraude. Nesse momento, deve-se fazer a distinção entre ato gratuito e oneroso, já que para o primeiro, não se exige a intenção do devedor em prejudicar seus credores e nem o conhecimento do beneficiário acerca da intenção do devedor ou de seu estado de insolvência. Por esse motivo, os credores não têm o ônus de provar o conluio fraudulento, já que a lei presume o propósito de fraude. Quanto aos atos onerosos, a lei exige a prova de participação do adquirente, ou seja, o *consilium fraudis*, demonstrando que este agiu de má-fé, que tinha conhecimento da insolvência ou que esta era notória.

Assim, o artigo 106 do Código Civil declara que poderão ser anulados pelos credores quirografários os atos de transmissão gratuita de bens (doações), ou remissão de dívida (perdão), quando os pratique o devedor já insolvente ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, pois o estado de insolvência existe, independentemente do conhecimento ou não do insolvente. Basta ao credor provar a insolvência do devedor e que seu crédito é anterior à data do ato fraudulento. Há, no caso, uma presunção *jures et de jure* de que o ato é fraudulento em relação a seus credores. Cabe ressaltar de que não se proíbe atos de liberalidade, desde que o devedor cumpra primeiramente com suas dívidas.

Dentre os atos gratuitos revogáveis, destaca-se a doação. É comum que o devedor doe seus bens principalmente para parentes e amigos, aplicando-se o princípio *fraus enim inter próximos facile praesumitur* (a fraude entre parentes se

³⁸ CAHALI, op. cit., p. 123.

presume facilmente). Ainda como atos gratuitos revogáveis pode-se citar a constituição de dote e a renúncia de usufruto.

A segunda espécie de atos anuláveis são os onerosos, mas a anulação dependerá da prova do *consilium fraudis*. Dentre os contratos onerosos revogáveis destacam-se a compra e venda, o compromisso de compra e venda, a cessão de direitos hereditários e a permuta. São indícios de fraude a venda por preço inferior ao real, a alienação a parentes e amigos, a permanência do alienante na posse da coisa e as alienações sucessivas e em datas próximas. Cabe salientar que mesmo que o adquirente tenha pago o preço justo, o ato será ineficaz se houver o conluio fraudulento, uma vez que o justo preço por si só não afasta o *consilium fraudis*.

Quanto aos atos que causam diminuição do patrimônio do devedor, não há qualquer discussão, pois são anuláveis de pronto. Contudo, não há um consenso doutrinário acerca da revogação de atos que apenas enriquecem ou aumentam o patrimônio do devedor insolvente, como a recusa de uma doação. Há legislações que admitem a anulação em qualquer das duas hipóteses, mas o Código Civil brasileiro adotou a posição que apenas admite a anulação dos atos que enfraquecem o patrimônio do devedor³⁹.

Quando o devedor praticou vários atos de disposição de seus bens, o credor deve estar atento à ordem de alienação. Dessa maneira, não fica à mercê do credor a escolha do imóvel de maior valor e melhor localizado, pois somente poderá pleitear a revogação das alienações mais recentes e suficientes para garantir o seu crédito⁴⁰.

A fraude também se configura quando o devedor já insolvente paga a credor quirografário dívida ainda não vencida (CC, art. 110). O propósito da lei foi colocar em situação de igualdade todos os credores. Ressalte-se que se a dívida já estiver vencida, o pagamento será considerado normal, não se falando em ato fraudulento. Caso contrário, segundo esse dispositivo do Código, o credor beneficiado ficará obrigado a repor aquilo que recebeu ao acervo sobre o qual recairá o concurso de credores. Nota-se, porém, que o concurso de credores deixou de existir com o advento do Código de Processo Civil em 1974, o qual instituiu a insolvência civil. Dessa maneira, quando houver insolvência civil decretada, a reposição da dívida

³⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 12.

⁴⁰ Ibid., p. 25.

reverterá em benefício de todos os credores que compõem a massa do devedor insolvente. Caso inexista insolvência civil decretada, a reposição reverterá ao credor que pleiteou a revogação do ato (autor da ação revocatória).

Outra questão referente ao pagamento antecipado da dívida diz respeito aos juros. Assim, no caso de pagamento antecipado de dívida deve haver desconto dos juros que seriam cobrados caso o devedor incorresse em mora e, se não houver esse desconto, os demais credores serão considerados prejudicados e poderão pleitear a reposição desse valor ao patrimônio do devedor.

Há fraude, ainda, na concessão de garantias de dívida (hipoteca, penhor, anticrese, rendas expressamente constituídas sobre imóveis) pelo devedor já insolvente a um de seus credores, colocando-o em posição mais vantajosa do que os demais (CC, art. 111). É importante ressaltar que nesse caso, anula-se apenas a garantia, ou seja, a preferência concedida a um dos credores, o que vale dizer que ele permanecerá como credor, só que retornará à condição de quirografário. As garantias pessoais, tais como o aval e a fiança, não se submetem à presunção de fraude, visto que não causam prejuízos aos demais credores. Caso o devedor seja acionado como fiador ou avalista, o credor assumirá a posição de quirografário e concorrerá em igualdade de condições com os demais.

Não importa que a garantia tenha sido dada em favor de dívida vencida ou a vencer, pois somente a garantia constituída concomitantemente com a dívida será válida. É preciso também que se verifique a data da concessão da garantia, uma vez que se à época da concessão o devedor ainda não era insolvente, não há que se falar em fraude, sendo incabível a revogação.

Segundo o artigo 112 do Código Civil, presumem-se, porém, de boa-fé e válidos, os negócios indispensáveis à manutenção do estabelecimento mercantil, agrícola ou industrial do devedor. Nota-se que esta presunção é *juris tantum*, pois se provada a má-fé, o ato poderá ser revogado. A finalidade desse dispositivo é manter em atividade o estabelecimento do devedor, para que este possa recuperar-se e, conseqüentemente, beneficiar seus credores. Dessa forma, o comerciante pode continuar a vender as mercadorias de seu estabelecimento, mas não pode alienar o próprio estabelecimento.

3.2. AÇÃO PAULIANA OU AÇÃO REVOCATÓRIA

Os negócios jurídicos fraudulentos podem ser anulados por meio da ação revocatória ou pauliana, assim denominada como referência a Paulo, pretor romano que a introduziu nos textos legais. A ação pauliana “é aquela que visa tornar ineficaz qualquer ato fraudulento, em relação aos bens, praticado pelo devedor em prejuízo de seus credores.”⁴¹ Oriunda do direito romano, a ação pauliana foi criada para coibir a prática de atos fraudatórios do devedor em prejuízo de seus credores. Portanto, o fundamento para esta ação é a fraude, ou seja, a intenção do devedor em prejudicar seus credores, dispondo maliciosamente de seus bens.

3.2.1. Natureza

Há controvérsia no que diz respeito à natureza da ação pauliana, traduzida em duas posições doutrinárias opostas, uma no sentido de tratar-se de uma ação real e outra, de ação pessoal. Yussef S. CAHALI⁴² sintetiza que “a ação pessoal é exercida contra uma determinada pessoa que, por ato lícito ou ilícito ou por disposição da lei, encontra-se obrigada à prestação devida; enquanto a ação real visa à proteção da propriedade e seus desmembramentos, podendo assim ser exercida não apenas contra uma pessoa determinada, mas *erga omnes*”.

Para a primeira corrente, a ação pauliana é uma ação real porque “o credor defraudado representa a pessoa do devedor alienante em relação ao terceiro adquirente”, e “com esta ação se revoga o domínio (*dominia revocantus*) e a considera como uma reivindicação da coisa alienada.”⁴³

No entanto, o entendimento majoritário é de que a ação pauliana é uma ação pessoal, porque o credor age no exercício de um direito próprio e não na qualidade de representante do devedor. Além disso, os credores não possuem um direito com garantia real sobre os bens do devedor, ou seja, a pauliana não é ação real porque os credores não têm direitos sobre a coisa.

⁴¹ Ibid., p. 3.

⁴² CAHALI, p. 276.

⁴³ OLIVEIRA, op. cit., p. 7.

Sendo ação pessoal, dispensa-se o consentimento do cônjuge para a propositura da demanda, pois este só é exigido para o exercício das ações reais (CPC, art. 10). Se a ação pauliana visar à anulação ou ineficácia de ato relativo a imóvel, far-se-á necessária a citação do cônjuge para litigar como litisconsorte passivo necessário.

Para aqueles que entendem que a ação pauliana tem por objetivo a anulação do ato fraudulento, sua eficácia será constitutiva negativa. Por outro lado, há quem entenda que a pauliana apenas torna o ato ineficaz em relação aos credores sendo, portanto, declaratória negativa.

3.2.2. Requisitos

Para a propositura da ação pauliana devem estar presentes determinados requisitos. Dentre os pressupostos exigidos, está a anterioridade do crédito quirografário do credor em relação ao contrato lesivo praticado pelo devedor, o *eventus damni* e o *consilium fraudis*.

O credor quirografário é aquele que não possui garantia real, preferência, ou qualquer privilégio para recebimento de seu crédito junto ao devedor. É ele o único legitimado para propor ação visando à anulação do ato lesivo praticado pelo devedor. O credor detentor de garantia não necessita da anulação de ato algum, tendo em vista seu crédito estar protegido, a menos que a garantia seja insuficiente para o recebimento de seu crédito, hipótese em que se converterá em credor quirografário pelo saldo remanescente (CC, art. 767).

Para pleitear a revogação, o credor deve ser possuidor de crédito anterior ao ato tido como fraudulento, seja esse ato gratuito ou oneroso. Caso o contrário, o credor não terá legitimidade para pleitear o retorno de um bem que já não fazia mais parte do patrimônio do devedor no momento em que celebraram o negócio jurídico. A anterioridade do crédito não pressupõe o vencimento ou reconhecimento judicial da dívida, ou seja, basta que o crédito esteja constituído para a propositura da ação, mesmo que ainda não tenha vencido ou não tenha sido reconhecido judicialmente.

O segundo requisito indispensável para a propositura da ação pauliana, seja com o intuito de revogar atos gratuitos, seja com o intuito de revogar atos onerosos, é o *eventus damni*, consistente no elemento objetivo da fraude contra credores. Está

caracterizado pelo prejuízo efetivo causado ao credor em virtude do ato fraudulento praticado pelo devedor. Exige-se o efetivo dano ao credor, ou seja, deve haver uma relação de causalidade entre o ato praticado pelo devedor e o prejuízo decorrente ao credor. Por prejuízo ao credor, entende-se os atos de disposição de bens do devedor que venham a tornar seu passivo superior ao seu ativo. Dessa maneira, mesmo que o devedor disponha de seus melhores bens, a fraude só estará configurada se do ato resultar sua insolvência e prejuízo aos seus credores.

O Código Civil exige que o contrato oneroso seja celebrado por devedor insolvente. A insolvência deve ser compreendida como insuficiência do patrimônio do devedor frente suas dívidas, ocorrendo quando a soma do ativo do patrimônio é inferior à do passivo. Para dirimir controvérsias, o Código de Processo Civil definiu a insolvência civil em seu artigo 748. O artigo 107 do Código Civil afirma que serão anuláveis os atos do devedor insolvente ou reduzido à insolvência pelo ato impugnado. Devedor insolvente é aquele que, no momento da prática do ato tido como fraudulento, possuía um passivo maior que seu ativo. Reduzido à insolvência é o devedor cujo patrimônio tornou-se insuficiente para saldar as dívidas em razão da prática do ato fraudulento.

De acordo com o legislador, a insolvência pode ser notória ou presumida. Será notória quando for de conhecimento público e geral, e presumida quando houver motivo para ser conhecida pelo outro contratante. Esses são casos de presunção *juris et de jure* de insolvência, não admitindo prova em contrário, uma vez que a má-fé do contraente também é presumida. Elvino SILVA FILHO⁴⁴ alerta que “ao credor não incumbe provar com exatidão todo o ativo do devedor, bem como todo o seu passivo, para demonstrar que ele esteja insolvente. Basta, para legitimar a sua ação, que o credor prove a insolvência do devedor, isto é, a impossibilidade dele saldar as suas dívidas com os bens que possua em dado momento”.

Cabe ressaltar que se a insolvência for declarada por sentença, não há necessidade de propositura da ação pauliana, uma vez que se aplica o disposto no artigo 752 do Código de Processo Civil, perdendo o devedor o poder de disposição sobre os seus bens. O artigo 750 do mesmo diploma elenca duas hipóteses de presunção de insolvência, que podem ser invocadas pelo autor da ação pauliana no

⁴⁴ SILVA FILHO, E. Ação pauliana: requisitos indispensáveis para sua propositura. *Revista dos Tribunais*, nº 318, p. 43.

intuito de provar a insolvência do réu. São hipóteses de presunção *juris tantum*, que podem ser afastadas por prova em contrário.

Quanto ao ônus da prova da insolvência, pode-se dizer que a demonstração da insolvência pode se dar por todos os meios de prova permitidos no direito, seja através das presunções já analisadas anteriormente, que são poderosos meios de prova, seja através de *indícios*⁴⁵ de insolvabilidade. No caso de insolvência presumida, o ônus probatório desloca-se para o devedor, pois o credor não possui meios de fazer prova negativa da ausência de bens, cabendo ao devedor provar que não é insolvente.

A questão do ônus probatório da insolvência na ação pauliana é controvertida. Em princípio, pode-se afirmar que fica a cargo do credor provar o fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, I). MICHELI⁴⁶, citado por Nelson HANADA (1997, p. 121), aduz que “não há dúvida que é o credor que, na ação pauliana, invocando a tutela jurisdicional, formula um efeito jurídico favorável a ele. Assim, a ele autor incumbe o ônus da prova”.

No entanto, não se pode negar que atribuir ao credor o ônus da prova na ação pauliana seria incumbir-lhe de um encargo muito grande, visto que há uma grande dificuldade em se pesquisar acerca do patrimônio do devedor. Por esse motivo, tem-se defendido⁴⁷ a inversão do ônus da prova, de modo que o devedor ficasse responsável por provar sua solvência. A única questão polêmica seria a de impor essa inversão perante o terceiro adquirente, pois se o devedor não contestar a ação, ele assume o papel de provar a solvência daquele. Lauro Laertes de OLIVEIRA⁴⁸ entende que não haveria nenhum prejuízo ao terceiro adquirente, pois em caso de ato gratuito, sua afinidade com o devedor facilitaria o acesso à prova, e em caso de ato oneroso, bastaria o terceiro provar sua boa-fé, descaracterizando o *consilium fraudis* e afastando a procedência da ação pauliana.

Por fim, como requisito da ação pauliana tem-se o *consilium fraudis*, consistente no conhecimento por parte do terceiro adquirente acerca da insolvência

⁴⁵ CAHALI, op. cit., p. 163.

⁴⁶ MICHELI, G. A. **La carga de la prueba**. Buenos Aires, 1961, p. 450-451.

⁴⁷ Esse posicionamento tem sido defendido por Yussef Said Cahali (*Fraude Contra Credores*, p. 164-466), por Humberto Theodoro Júnior (*Fraude Contra Credores*, p. 157 e ss) e por Lauro Laertes de Oliveira (*Da Ação Pauliana*, p. 50).

⁴⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 50.

do devedor. É importante ressaltar que o *consilium fraudis* exigido pelo Código Civil não é simplesmente o sinônimo de conluio entre o devedor e o terceiro adquirente. Não é preciso que o devedor ou o terceiro tenham o verdadeiro intuito de prejudicar os credores, ou seja, não se exige a configuração do chamado *animus nocendi*. Basta que o terceiro tenha conhecimento ou deva tê-lo, acerca do estado de insolvência do devedor e das conseqüências que resultarão do ato lesivo em relação aos credores. Portanto, para a configuração da fraude contra credores exige-se a *scientia fraudis*, isto é, basta que ela seja previsível, mesmo que não seja prevista ou desejada.

Se a fraude não for presumida em virtude de previsão legal, deve ser provada pelo autor da ação pauliana. Este poderá fazer uso de todos os meios legais e admissíveis de prova (CPC, art. 332). Tendo em vista a dificuldade dessa prova, a lei procura facilitá-la, permitindo que se faça através de indícios e presunções. Caberá ao juiz analisar o valor das provas apresentadas. É importante ressaltar que deve ser provada a má-fé de ambas as partes, devedor e terceiro adquirente, pois se apenas o devedor estiver de má-fé não há que se falar em revogação do ato, mesmo que dele tenha advindo reais prejuízos aos credores.

3.2.3 Efeitos

O Código Civil brasileiro, ao tratar da fraude contra credores, classifica-a como defeito do negócio jurídico, atribuindo-lhe a mesma sanção dos demais vícios do consentimento, qual seja, a anulabilidade (CC, art. 147, II). Isso gerou dúvidas acerca dos efeitos gerados pela ação pauliana e a natureza de sua sentença: tratar-se-ia de anulação do negócio jurídico ou de simples declaração de ineficácia do ato fraudulento em relação ao credor, ou seja, seria caso de sentença constitutiva negativa ou de sentença declaratória negativa.

Alcides de Mendonça LIMA⁴⁹ entende que os atos afetados pela fraude contra credores são anuláveis⁵⁰ de acordo com a orientação do Código Civil.

⁴⁹ MENDONÇA LIMA, op. cit., p. 439.

⁵⁰ Em que pese ser posição majoritária na doutrina o posicionamento de que a ineficácia do ato fraudulento perante o credor constitui o efeito da ação pauliana, há autores que sustentam que o efeito causado seria o da anulabilidade. Pontes de Miranda foi um dos autores que mais defendeu essa tese da anulação.

Segundo P.R. Tavares PAES⁵¹, “o efeito principal da ação pauliana é a anulação dos atos fraudulentos, pois, anulados os atos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores. Os bens alienados ou transferidos reintegram novamente o patrimônio do devedor, com a devolução de pagamentos antecipados, etc.”

Mário Aguiar MOURA⁵² assevera que “na fraude contra credores, o ato, embora contrarie preceito de lei, por ser vício social, nasce válido. Tem eficácia desde logo. Mas a lei coloca-o sob a ameaça provisória, por prescritível, mas grave, da anulabilidade. Fica sujeito à condição resolutiva.” Por ser simplesmente anulável, fica à disposição do interessado promover a respectiva ação ou não.

A doutrina, contudo, tem se direcionado no sentido de que a ação pauliana torna o ato ineficaz perante o credor. Na realidade, o bem não retorna ao patrimônio do devedor por força da revogação do ato, pois isso seria um verdadeiro benefício ao devedor que agiu de má-fé. O que ocorre é que o bem ficará sujeito à execução em favor do credor autor da ação pauliana, até que compense os danos causados a ele. O que restar permanecerá com o terceiro adquirente, ainda que este esteja de má-fé.

CAHALI⁵³ assim se posiciona:

o ato fraudulento caracteriza-se formalmente como sendo um ato “existente” e “válido”, satisfazendo-se a sentença pauliana com a possibilidade de sujeitar o bem alienado ou o direito transferido à excussão judicial em benefício do crédito fraudado, e na medida deste, apenas “como se” o patrimônio do devedor insolvente tivesse recuperado o bem ou direito objeto da disposição impugnada; com incursão, assim, no patrimônio do *particeps fraudis* ou beneficiário, sem necessidade da desconstituição do ato que, no rigor dos princípios, determinaria a restauração do *status quo ante*, favorecendo o próprio fraudador, ensejando-lhe de novo a titularidade da coisa ou do direito de que se despojara; com o agravante, ainda, de que, a se pensar em desconstituição do ato, não se afastar a eventualidade de um enriquecimento ilícito do devedor, se o crédito não vier a ser executado ou se vier o mesmo a ser extinto pelo adimplemento ou qualquer outra causa jurídica.

Na mesma esteira, preceitua ALVINO LIMA⁵⁴:

⁵¹ PAES, P. R. Tavares. **Fraude contra credores**. 3.ed.aum. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 75.

⁵² MOURA, Mário Aguiar. “Fraude de execução pela insolvência do devedor”. in *Ajuris*, nº 12, p. 66.

⁵³ CAHALI, op. cit., p. 313-314.

⁵⁴ ALVINO LIMA, op. cit., p. 22.

A ação revocatória não visa anular o ato jurídico fraudulento, extinguindo *erga omnes* os seus efeitos; a sua finalidade reside, em última análise, na aplicação do princípio da responsabilidade patrimonial do devedor a favor de seus credores; não se anula o ato fraudulento, mas proclama-se a sua ineficácia relativa, tornando-o inoponível ao credor fraudado, o qual poderá agir, na defesa de seu crédito, sobre o bem ou bens transferidos do patrimônio do devedor para o de terceiro, partícipe da fraude.

Apesar de ser entendimento predominante o de que a sentença da ação pauliana gera a ineficácia e não a anulabilidade do ato fraudulento, ainda se discute muito a respeito da natureza dessa sentença. Para aqueles que defendem que a ação pauliana provoca a invalidade do ato fraudulento, a sentença seria desconstitutiva do negócio jurídico. No entanto, a doutrina tem se debatido na controvérsia de que se trataria de sentença constitutiva ou, simplesmente, de sentença declaratória.

Aqueles que defendem a natureza constitutiva da sentença da ação pauliana, dentre os quais se pode citar LIEBMAN⁵⁵ e Cândido DINAMARCO⁵⁶, entendem que essa sentença produz uma novidade no mundo jurídico, qual seja, o restabelecimento da responsabilidade patrimonial do devedor perante os seus credores. Para DINAMARCO a sentença pauliana não reduz o ato a um “nada jurídico”, uma vez que mantém o seu efeito programado, como o de transferir o domínio, e retira-lhe somente a eficácia de suprimir a responsabilidade do bem pelas obrigações do devedor. Apesar de se filiar à tese da ineficácia, o autor é adepto da natureza constitutiva dessa sentença, pois acredita que se antes dela o bem não podia ser penhorado e passa a sê-lo, essa sentença criou uma nova situação jurídica.

PONTES DE MIRANDA⁵⁷ afirma que, se a fraude contra credores é instituto de direito material, a sentença é constitutiva negativa “*erga omnes*”, sendo que os vencidos devem repor a situação das coisas como se nada tivesse sido alienado.

No entanto, a doutrina⁵⁸ tem se direcionado no sentido de que a sentença da ação pauliana tem natureza declaratória, uma vez que declara a ineficácia

⁵⁵ LIEBMAN, op. cit., p. 106.

⁵⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 269.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, F.C. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, tomo IX, 1976, p. 454.

⁵⁸ Nesse sentido, já se pronunciaram Nelson Hanada (*Da Insolvência...*), Cândido Rangel Dinamarco (*Execução Civil*), Yussef Said Cahali (*Fraude Contra Credores*) e Humberto Theodoro Júnior (*Fraude contra credores e...*).

jurídica do ato fraudulento. HANADA⁵⁹ afirma esse caráter declaratório, pois no ato praticado em fraude de credores, a declaração de ineficácia é suficiente para que os bens possam ser abrangidos pela execução “como se ainda se encontrassem no patrimônio do executado, embora dele tenham saído por ato que em si mesmo continua de pé; a ação, ao contrário do que afirma LIEBMAN, é declaratória, porque não provoca a mutação do estado jurídico, mas sim a declaração dos estados jurídicos, tão-só, estabelecendo a norma aplicável”.

Para a corrente perfilhada à tese da anulação, a sentença que decretar a revogação ou ineficácia do ato por fraude contra credores tem efeito *ex nunc*, ou seja, a partir do trânsito em julgado. Em contrapartida, os adeptos da tese da ineficácia defendem os efeitos *ex tunc* da sentença pauliana.

3.3. FRAUDE CONTRA CREDITORES E EMBARGOS DE TERCEIRO

Muito tem se discutido sobre a possibilidade ou não de se reconhecer a fraude contra credores em sede de embargos de terceiro. Os Tribunais e a doutrina ainda não possuem um entendimento pacífico a respeito da matéria, existindo três posicionamentos distintos: uma corrente admite o reconhecimento da fraude contra credores nos embargos de terceiro; outra corrente não o admite; e, por fim, há uma corrente que admite o reconhecimento como questão prejudicial.

Para que a questão possa ser analisada, cabe ressaltar que os embargos de terceiro constituem ação autônoma, cujo objetivo está em afastar constrição judicial sobre bem pertencente à terceiro, estranho à relação processual em questão.

Uma parcela da doutrina se posiciona em direção à inadmissibilidade da alegação de fraude contra credores em embargos de terceiro⁶⁰, utilizando-se basicamente de três argumentos: a inadmissibilidade de reconvenção em sede de embargos de terceiro; a necessidade de formação de um litisconsórcio necessário-unitário entre todos os participantes do ato fraudulento; e a impossibilidade de se conseguir a prova da fraude contra credores em um processo especial de prazos

⁵⁹ HANADA, op. cit., p. 92-93.

⁶⁰ Partilham desse posicionamento na doutrina nacional: Cândido Rangel Dinamarco, Nelson Nery Júnior, Ernane Fidélis dos Santos, João Carlos Pestana de Aguiar, Mário Aguiar Moura, José da Silva Pacheco e Amílcar de Castro.

diminutos para a produção de provas. Para estes autores, a defesa em sede de embargos de terceiro deve se limitar à alegação de que o embargante não é proprietário nem possuidor do bem constricto. Assim, não se permite que o embargado formule pedido algum, limitando-se apenas à sua defesa.

Não se permitiria a reconvenção em sede de embargos de terceiro em virtude do procedimento especial dessa ação, previsto pelos artigos 1.046 a 1.054 do Código de Processo Civil. Nota-se a ausência de uma cognição ampla, diferentemente do que ocorre no processo de conhecimento, haja vista a simplicidade da matéria objeto do pedido nos embargos de terceiro. Dessa forma, dada a incompatibilidade de procedimentos, não se admitiria a reconvenção e nem o ajuizamento de ação declaratória incidental nos embargos de terceiro.

No tocante à fraude contra credores, retorna-se a questão anterior: se o embargado alegá-la no bojo dos embargos de terceiro, terá que fazer um pedido de anulação de ato jurídico de disposição sobre o bem, e esse pedido terá caráter reconvenicional. Enquanto o juiz não anular o ato, ele produzirá todos os efeitos no mundo jurídico. Há quem defenda que a anulabilidade e a nulidade podem ser sempre alegadas no processo como matéria de defesa. Nelson NERY JÚNIOR⁶¹, no entanto, adverte que a nulidade pode ser decretada *ex officio* pelo juiz e produz efeitos *ex tunc*; contrariamente, a anulabilidade necessita de provocação da parte para ser reconhecida e a eficácia de sua decretação é *ex nunc*. Assim, a anulabilidade decorrente da fraude contra credores teria que fazer parte do pedido do embargado, tendo, portanto, caráter reconvenicional, inadmissível quando se trata de embargos de terceiro.

Ressalta-se que a anulação em virtude do reconhecimento da fraude contra credores só pode ocorrer por meio de pedido formulado em ação própria, qual seja, a ação pauliana. Nesse caso, a ação poderá ser intentada contra o devedor insolvente, contra a pessoa com quem negociou ou contra terceiros adquirentes que estejam agindo de má-fé.

Outro argumento que rebate a alegação de fraude contra credores em embargos de terceiro é o de que o juiz não pode acolher essa alegação levantada pelo embargado em contestação, porque nem todos os participantes do ato

⁶¹ NERY JÚNIOR, N. Fraude contra credores e os embargos de terceiro. *Ajuris*, nº 23, p. 93-106.

fraudulento integram necessariamente a lide. Nota-se que a ação pauliana exige a formação de um litisconsórcio passivo necessário-unitário, uma vez que sua sentença atinge o ato e, por conseguinte, todos os seus participantes. O litisconsórcio é necessário porque a ação é constitutiva, exigindo a presença das partes da relação substancial, e unitário porque a decisão terá que ser necessariamente uniforme frente a todos os litisconsortes. O mesmo não ocorre nos embargos de terceiro: quando o devedor-executado indica o bem à penhora, os embargos de terceiro devem ser opostos contra credor e devedor simultaneamente. Contudo, geralmente a demanda é instaurada apenas contra o credor-exeqüente, pois é ele quem normalmente indica o bem à penhora.

Para Nelson NERY JÚNIOR, não basta que o juiz ordene a citação de todos os participantes do ato fraudulento para que ingressem nos embargos de terceiro. Além de inviável, correr-se-ia o risco de se proferir uma sentença *inutiliter data*⁶², ou seja, sem qualquer eficácia, caso nem todos os participantes do ato anulado figurassem nessa relação processual. Essa inutilidade da sentença atingiria a coisa julgada em todos os seus aspectos, pois não se formaria a coisa julgada material, permitindo-se a repositura de ação idêntica, sem necessidade de se desconstituir a sentença anterior por meio de ação rescisória.

No que se refere à produção de provas, Mário Aguiar MOURA⁶³ afirma que o rito sumário dos embargos de terceiro não constituiria qualquer empecilho, uma vez que sempre é possível a colheita de provas em audiência, além da prova documental, geralmente prevalente.

Na realidade, o que tem dificultado a admissibilidade da alegação da fraude pauliana como exceção nos embargos de terceiro é o entendimento de que essa ação gera a anulabilidade do ato, e não sua ineficácia. Sendo ação de anulabilidade e, portanto, constitutiva negativa, o devedor alienante e o adquirente teriam que figurar como litisconsortes necessários na ação pauliana.

⁶² Ibid., p.103.

⁶³ MOURA, M.A. Fraude contra credores e embargos de terceiro. **Revista dos Tribunais**, nº 617, mar.1987, p. 27.

Assim, somente aqueles que admitem que na ação pauliana se espera tão-somente a ineficácia⁶⁴ do ato fraudulento, tendo portanto, natureza declaratória, é que admitem a fraude contra credores como exceção nos embargos de terceiro.

Para aqueles que admitem a alegação de fraude contra credores em embargos de terceiro⁶⁵, haveria uma economia processual, evitando-se a propositura de nova demanda que teria o mesmo fim, qual seja, a ineficácia ou revogação do ato. Nada impediria a arguição da fraude em exceção, uma vez que a defesa do embargado é ampla.

Alegam ainda que a questão trata de ineficácia e não de anulabilidade do ato, podendo ser argüida em defesa e sendo prescindível a formação do litisconsórcio necessário. Segundo essa corrente, na exceção pauliana o réu pede apenas a declaração de ineficácia e, conseqüentemente, o direito de prosseguir na execução, uma vez que o direito, a posse ou qualquer outro direito real não se incorporou ao patrimônio do embargante em razão da fraude contra credores.

Por fim, afirmam que há casos em que todos os participantes do ato fraudulento integram a lide, quando o devedor nomeia bens à penhora, o que não obstaría a declaração de ineficácia nos próprios autos de embargos de terceiro. Nesse sentido, a citação do devedor para integrar os embargos seria apenas formal, se for levado em consideração que os embargos de terceiro tramitam em apenso à execução.

O réu, uma vez alegando a fraude contra credores como exceção nos embargos de terceiro se faria autor, ficando incumbido de provar a insolvência do devedor. Portanto, deve-se ressaltar que o ônus da prova caberia ao excipiente (credor), principalmente porque o devedor alienante sequer participaria da ação: o autor da ação de embargos (e réu da exceção pauliana) é o terceiro adquirente⁶⁶.

Por fim, existem autores⁶⁷ que admitem o reconhecimento da fraude contra credores no curso dos embargos de terceiro, desde que se trate de uma questão

⁶⁴ Cabe ressaltar o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco, que apesar de adotar a tese da ineficácia e não da anulabilidade no que se refere aos efeitos da fraude contra credores, entende que a ação é de natureza constitutiva, não sendo a fraude contra credores suscetível de discussão nos embargos de terceiro (DINAMARCO, 1997, p. 277).

⁶⁵ Partilham desse posicionamento na doutrina nacional: Nelson Hanada, Pontes de Miranda, Clóvis do Couto e Silva, Luiz Augusto Beck da Silva e Yussef Said Cahali.

⁶⁶ HANADA, op. cit., p. 128.

⁶⁷ Partilham desse posicionamento na doutrina nacional: P.R. Tavares Paes, Manoel Justino Bezerra Filho e Lauro Laertes de Oliveira.

prejudicial. Para esta corrente, a fraude contra credores é admitida, mas não se decide sobre ela; apenas é levada em consideração para rejeitar os embargos. Assim, caberá ao credor ajuizar ação pauliana para revogação ou ineficácia do ato, devendo distribuir a ação no mesmo juízo em que tramitam a execução e os embargos, tendo em vista a conexão existente entre essas ações.

Esse posicionamento aceita e, ao mesmo tempo, refuta alguns argumentos dos posicionamentos já analisados. Em primeiro lugar, reconhece-se a necessidade da formação do litisconsórcio necessário-unitário entre todos os participantes do ato fraudulento. Por esse motivo, entende-se que o fato de o devedor ter ciência dos embargos por estes estarem apensados à execução não supre a ausência de citação regular. Em segundo lugar, reconhece-se a amplitude dos embargos, não havendo nada que impeça que a fraude seja argüida em exceção. Para essa doutrina, a decisão proferida em sede dos embargos não faz coisa julgada, tendo como objetivo apenas a rejeição dos embargos, desde que provada de forma inequívoca a fraude contra credores.

Manoel Justino BEZERRA FILHO⁶⁸ adverte que, optando o credor pela discussão da fraude em sede de embargos de terceiro, corre o risco de obter sentença de improcedência após o lapso prescricional da ação pauliana, vindo seu direito a fenecer. Como solução prática, sugere que o credor conteste a ação de embargos de terceiro e, em separado, por dependência, proponha ação pauliana, requerendo a instrução e julgamento simultâneo de ambas as ações.

Por se tratar de questão controvertida, a matéria acabou sendo sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: “em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”⁶⁹. Esta Corte entendeu que se trata de hipótese de anulabilidade, *sendo inviável concluir pela invalidade em embargos de terceiro, de objeto limitado, destinando-se apenas a afastar a constrição judicial sobre bem de terceiro*⁷⁰.

⁶⁸ BEZERRA FILHO, M.J. Ação pauliana e embargos de terceiro. **Revista dos Tribunais**, nº 581, p. 25-34.

⁶⁹ STJ, súmula 195.

⁷⁰ 3ª Turma do STJ, Resp. nº 80.584-SP, de 24.11.1997, Rel.Min.Eduardo Ribeiro, DJU, de 16.03.1998, p. 108.

Os nossos Tribunais estaduais, em seus julgamentos mais recentes, também têm adotado esse posicionamento⁷¹.

⁷¹ O TAPR assim se posicionou: “embargos de terceiro – fraude contra credores – Súmula 195: Já decidiu a corte que a fraude contra credores não pode ser reconhecida em embargos de terceiro, requerendo o ajuizamento de ação própria” (AC 0165640-4 – Ac. 11880 – 8ª CC – Juiz Marques Cury – Rev.: Juíza Dulce Maria Cecconi – Julg: 16/04/01 – DJ: 04/05/01); em outras palavras: “a fraude contra credores somente pode ser argüida em ação pauliana, porque indispensável o litisconsórcio passivo necessário entre os sujeitos do ato anulado” (AI 0161919-8 – Ac. 12547 – Juiz Eduardo Fagundes – 8ª CC – Julg: 17/09/01 – DJ: 28/09/01).

4. ASPECTOS GERAIS DA FRAUDE DE EXECUÇÃO

O instituto da fraude de execução também constitui uma repulsa à frustração da garantia patrimonial do credor. A fraude à execução surge no momento em que o devedor, voluntariamente, desvia os bens suscetíveis de garantir sua dívida, ocasionando uma lesão ao direito do credor. Considera-se o ato fraudulento que ocorre após a existência de uma demanda, dependendo de uma série de requisitos previstos na lei.

A fraude à execução é uma construção brasileira, visto que não possui correspondente no Direito Comparado. Suas raízes remontam às Ordenações Filipinas, mas sua disciplina estabeleceu-se por meio do Regulamento 737 de 1850. Com o advento da República, o instituto foi transportado para os Códigos estaduais; posteriormente, para o Código de 1939 (art. 895) e, atualmente, encontra disciplina nos artigos 592, V e 593 do CPC, no capítulo que trata do Processo de Execução. Apesar de estar disciplinada neste capítulo, por questões metodológicas, deve-se ressaltar que a fraude à execução não se restringe ao processo executivo, pois também atinge as demandas de natureza cognitiva.

Buscando tornar efetivo o princípio de que o processo deve constituir-se em eficaz instrumento da jurisdição, o Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 600, inciso I, considera a fraude à execução um ato atentatório à dignidade da justiça, pois está implícita a intenção do devedor de lesionar os direitos do credor⁷². A fraude à execução afronta a própria autoridade estatal, uma vez que inibe o regular desenvolvimento da atividade executória. Nesses casos, o devedor está sujeito a uma multa fixada pelo juiz, a ser revertida em proveito do credor e exigida na própria execução (CPC, art. 601). Essa sanção pode se dar a requerimento da parte contrária ou mesmo de ofício pelo juiz.

⁷² Liebman, ao discorrer sobre a questão assevera que: "A fraude toma aspectos mais graves quando praticada depois de iniciado o processo condenatório ou executório contra o devedor. É que então não só é mais patente que nunca o intuito de lesar os credores, como também a alienação dos bens do devedor constitui verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair. Por isso, ainda mais eficaz se torna a reação da ordem jurídica contra o ato fraudulento (...) a intenção fraudulenta está *in re ipsa*; e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional" (LIEBMAN, 1980, p. 108).

4.1. HIPÓTESES

Consoante o artigo 593 do Código de Processo Civil, considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

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

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

III – nos demais casos expressos em lei”.

Ao analisar as duas primeiras hipóteses, pode-se afirmar que ambas têm em comum o fato de a alienação ou oneração do bem ter ocorrido com uma demanda judicial em curso. Diferem pelo valor jurídico que pretendem assegurar, visto que, na primeira hipótese, assegura-se o direito de seqüela inerente ao direito real vinculado na ação e, na segunda hipótese, assegura-se a responsabilidade patrimonial. Por esse motivo, o primeiro caso independe do estado de insolvência do executado, enquanto que o segundo torna a insolvência um pressuposto indispensável para que se tenha o ato como fraudatário.

O primeiro pressuposto comum para a configuração da fraude é a alienação ou oneração de bem do patrimônio do demandado. “A alienação que pode dar ensejo à fraude é qualquer ato entre vivos, com a participação voluntária do devedor, de que resulte a transferência da propriedade a terceiro, seja a título oneroso, seja a título gratuito.”⁷³ “Oneração é qualquer ato que, sem importar a transmissão da propriedade do bem, limita as faculdades do domínio, mediante criação, em favor de terceiro, de direito real.”⁷⁴

O segundo pressuposto comum é a litispendência, pois a primeira hipótese configura a fraude quando “*pende ação...*” e a segunda hipótese “quando *corria contra o devedor demanda...*”. A questão que se coloca está em saber qual é o exato momento em que se deve considerar “pendente” ou “em curso” a demanda: considera-se a data da distribuição ou da citação do réu?

⁷³ ZAVASCKI, T.A. **Comentários ao código de processo civil**. v. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 279.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 280.

Muito tem se discutido acerca do momento em que se considera proposta a demanda. Tendo em vista o disposto no artigo 263, primeira parte, do CPC, há autores⁷⁵ que sustentam que basta o simples protocolo da petição inicial em juízo para que se considere proposta a demanda para efeitos de configuração da fraude à execução. Alcides de Mendonça LIMA⁷⁶ perfilha-se a essa corrente, aduzindo que, desde que haja ação, seja pelo processo de conhecimento ou pelo processo executivo, configurar-se-á a fraude de execução se a hipótese enquadrar-se numa das hipóteses do artigo mencionado. Ronaldo Brêtas de CARVALHO DIAS⁷⁷ afirma que a demanda considera-se pendente a partir do momento em que a relação processual já está criada, ainda que ela só se angularize com a citação do réu ou executado. Para esse autor, o processo se inicia com a simples propositura da ação, adotando-se o princípio da “formação gradual do processo”.

Outra corrente entende que a ação se considera proposta com o simples despacho da petição inicial e, para os casos em que há mais de um juízo no mesmo foro, a distribuição bastaria. Esses posicionamentos visam buscar uma solução mais justa para a questão, impedindo que o réu se oculte, enquanto cuida de dilapidar o seu patrimônio, para só depois aparecer para ser citado.

No entanto, o artigo 219 do Código de Processo Civil considera proposta a demanda com a “citação válida do réu”, momento em que se torna preventivo o juízo e faz-se litigiosa a coisa. Nesse sentido, muitos autores⁷⁸ entendem que, realizada a citação, qualquer disposição ou oneração de bens que reduza o devedor à insolvência será considerada em fraude de execução. Isso se explica pelo fato de a fraude à execução pressupor o *animus* fraudatário, uma vez que a presunção da lei só se opera a partir do momento em que o réu ou executado tenha conhecimento de que a ação foi proposta.

A jurisprudência vem se posicionando nesse sentido, sustentando que antes da instauração da relação processual com a citação, seja a ação condenatória, seja executiva, inviável a alegação de fraude à execução.

⁷⁵ Partilham desse posicionamento na doutrina nacional: Alcides de Mendonça Lima, Yussef Said Cahali, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, entre outros.

⁷⁶ MENDONÇA LIMA, op. cit., p. 444.

⁷⁷ CARVALHO DIAS, R.B. Da fraude à execução. **Revista Forense**, nº 290, p. 73.

⁷⁸ Partilham desse posicionamento na doutrina nacional: Mário de Aguiar Moura, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Nelson Nery Júnior, Pontes de Miranda, entre outros.

Nesta seara têm decidido nossos Tribunais⁷⁹, que impuseram a existência de citação válida para configuração da fraude à execução. Nessas condições, qualquer ato praticado pelo devedor antes da citação, mas depois do ajuizamento, não constituirá fraude à execução, podendo ser invalidado apenas por meio de ação pauliana, visto tratar-se de um ato praticado em fraude contra credores.

Além dos pressupostos comuns, as hipóteses de fraude à execução elencadas pelo Código de Processo Civil exigem pressupostos específicos. Como foi dito, a primeira hipótese tutela o direito de seqüela, inerente aos direitos reais de garantia (CPC, art. 593, I). Por direito real entende-se aquele direito da pessoa sobre as coisas móveis e imóveis, sendo oponível contra todos. Assim, mesmo que o executado tenha outros bens livres e desembaraçados, estará caracterizada a fraude, pois esta independe de insolvência⁸⁰. Por outro lado, se o credor consentir no recebimento de outro bem ou optar por perdas e danos, a fraude estará afastada.

Discute-se sobre a necessidade do registro da penhora junto ao Registro de Imóveis, quando se tratar de bem imóvel. Duas correntes apresentam posicionamentos nitidamente opostos: uma corrente direciona-se para a necessidade do registro, enquanto outra pende para a sua desnecessidade. Há autores⁸¹ que entendem que a inexistência do registro não descaracteriza a fraude, pois acreditam que ele funciona apenas como um meio de prova do ato fraudulento. A diferença é que, se houver o registro, dispensa-se qualquer outra prova, uma vez que todas as alienações posteriores serão consideradas fraudulentas.

⁷⁹ O Egrégio Tribunal de Alçada do Paraná assim decidiu: “a jurisprudência e a doutrina atestam de forma pacífica que a fraude à execução pode ocorrer se a alienação é efetuada após a citação do devedor, ainda que para o processo de conhecimento, assim como resta comprovada a insolvência de fato” (Agravo de Instrumento 0167470-0 - Santa Helena - Ac. 14315 - Juiz Jurandyr Souza Junior – 2ª CC – Julg: 08/08/01 – DJ: 24/08/01); em outras palavras: “a caracterização da fraude de execução pressupõe a litispendência, concretizada com a citação válida do devedor. Antes da citação válida, a alienação poderia caracterizar, em tese, fraude contra credores, não de execução” (Apelação Cível 0166755-4 - Ac. 14061 - 3ª CC - Juiz Rogério Coelho - Revisor: Juiz Ivan Bortoleto - Julg: 06/03/01 - DJ: 23/03/01). No mesmo sentido, posicionou-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná: “configura fraude à execução a alienação de bem imóvel após a citação válida em ação em curso, seja condenatória ou executiva, capaz de reduzir devedor à insolvência” (Apelação Cível 0058969100 – Curitiba – Ac. 2097 – 5ª CC - Des. Rel.Rogério Coelho – Julg:11/11/97). O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou favorável a esse posicionamento: “para que se configure a fraude de execução, não basta o ajuizamento da demanda, mas a citação válida” (4ª Turma do STJ, Resp. nº 2.429-SP, de 19.06.1990, Rel.Min.Barros Monteiro, RJSTJ, 2/385).

⁸⁰ TEIXEIRA, S. de F. Fraude de execução. **Revista dos Tribunais**, nº 609, jul. de 1986, p. 9.

⁸¹ Partilham desse posicionamento: Amílcar de Castro, Alcides de Mendonça Lima, Humberto Theodoro Júnior, Liebman, entre outros.

O acréscimo do §4º ao artigo 659 do CPC, pela Lei nº 8593/94 encerrou o debate, ao prever a inscrição da penhora no respectivo registro. Em virtude desse dispositivo, tem prevalecido o entendimento de que o registro, tal qual prevê o §4º, não é ato integrativo da penhora, pois sua finalidade única é dar conhecimento ao terceiro da existência de um gravame processual. Portanto, não configura um requisito de validade, mas de eficácia do ato, para oponibilidade contra terceiros de boa-fé.

Ressalta-se que esse dispositivo visa proteger as alienações eventualmente feitas pelo devedor antes mesmo de ser decidida a ação que tenha por objeto um direito real, não se exigindo dessa forma que já tenha sido prolatada sentença sobre a questão posta em discussão.

A segunda hipótese assemelha-se com o instituto da fraude contra credores, visto que está presente o dano (“*eventus damni*”), mas na fraude à execução, por existir uma ação em curso, dispensa-se a prova da má-fé. Para configurar-se a fraude nessa modalidade exige-se, além da existência de uma ação em curso, o dano resultante do ato que reduziu o devedor em um estado de insolvabilidade, isto é, a incapacidade patrimonial do devedor para suportar a obrigação executada.

Se vários bens foram alienados ou onerados, somente estarão sujeitos à fraude à execução aqueles que levaram o devedor ao estado de insolvência, comprometendo a força patrimonial do executado. Nesse caso, a constrição judicial se fará na ordem inversa das alienações ou onerações, começando-se pelos últimos bens comprometidos, até que se alcance o patrimônio necessário para atendimento das dívidas⁸². Nesse sentido, essa hipótese diferencia-se daquela mencionada anteriormente, visto que o bem objeto do negócio fraudulento não precisa constituir “coisa litigiosa”, bastando estar apto para suportar a responsabilidade patrimonial, ou seja, basta tratar-se de qualquer bem penhorável.

Mendonça LIMA⁸³ assevera que “a simples propositura da ação, por si só, não gera a fraude, pois a mesma somente se configurará se houver dano, prejuízo, decorrente da insolvência a que chegou o devedor com a alienação ou oneração de seus bens. Se o devedor aliena ou onera mas fica com bens suficientes, não cabe

⁸² MENDONÇA LIMA, op. cit., p. 452.

⁸³ Ibid., p. 451.

ao credor insurgir-se, pois não lhe compete um determinado bem, como no caso do inc. I, supra.”

Ao contrário do que previu para a penhora, o legislador não tornou obrigatório o registro da distribuição/citação da demanda. Nessas hipóteses dos incisos I e II do artigo 593 do Código de Processo Civil, a presunção de fraude é relativa, ou seja, “só existe a respeito das pessoas que figuram no litígio.”⁸⁴ Assim, não é necessário que esteja registrada a citação no Cartório de registro de Imóveis, conforme prevê o artigo 167, nº I, inciso 21, da Lei nº 6.015/73, cuidando-se de condição facultativa, cabendo em sua falta que o credor prove a fraude à execução. No entanto, registrada a ação, a presunção se torna absoluta (*jure et de jure*).⁸⁵ Desta forma, havendo sucessivas transferências deve-se proteger o terceiro de boa-fé, pois se a citação não foi registrada, cabe ao credor o ônus de provar a fraude. No entanto, se os negócios forem realizados após o registro, não é lícito aos adquirentes beneficiarem-se com a alegação de desconhecimento do fato da litigiosidade do bem ⁸⁶.

Eduardo TALAMINI⁸⁷ assevera que, salvo na hipótese em que a citação do alienante foi registrada no Registro Imobiliário, é ônus do credor provar que o adquirente tinha ciência da demanda capaz de tornar insolvente o alienante. Provada a ciência do terceiro, dispensável é a prova de sua má-fé, porque esta se presume.

O terceiro inciso possui uma aplicação ampla e geral, abrangendo os demais casos já regulados em lei ou que venham a ser previstos. Esses casos estão previstos no Código de Processo Civil (arts. 671, I e 672, §§2º e 3º), no Código Tributário Nacional (art. 185), no Código Comercial (art.261), no Código Civil (arts. 816, §§2º e 3º e 824) e no Código Penal (art.179), entre outros dispositivos legais. Araken de Assis⁸⁸ adverte que o artigo 4º, *caput*, da Lei nº 8.009/90 criou uma nova

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 461.

⁸⁵ Partilham desse posicionamento: Humberto Theodoro Júnior (*Processo de execução*, p. 193); Sálvio de Figueiredo Teixeira (*Fraude de execução*, p. 11); Mário Aguiar Moura (*Fraude de execução...*, p. 69), Pontes de Miranda (*Comentários...*, p. 461), Alcides de Mendonça Lima (*Comentários...*, p. 447-448) e Yussef Said Cahali (*Fraude contra credores*, p. 433).

⁸⁶ ZAVASCKI, op. cit., p. 283.

⁸⁷ TALAMINI, E.; TALAMINI, E.T. Embargos de terceiro – requisitos para caracterização de fraude à execução. *Revista de Processo*, nº 89, p. 242.

⁸⁸ ASSIS, A. de. *Comentários ao código de processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 1999, p. 241-243.

espécie de fraude à execução, consistente em se criar impenhorabilidade aparente de residência familiar. O juiz reconhecerá essa fraude no âmbito do próprio processo executivo, transferindo a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior ou anulando a venda. Há quem defenda que o segundo inciso do artigo 593 comporta uma certa generalidade, abrangendo os casos do terceiro inciso.

4.2. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA FRAUDE DE EXECUÇÃO

O primeiro requisito para a configuração da fraude à execução é a instauração de uma demanda, que pode ser tanto um processo de conhecimento, como de execução ou até mesmo cautelar. Conforme já foi mencionado, a jurisprudência dominante formulou o entendimento de que a demanda considera-se instaurada com a citação válida, apesar dos posicionamentos divergentes encontrados na doutrina. Entendeu-se que para os casos de alienação praticados após a distribuição ou despacho, mas antes da citação válida, caberia a arguição de fraude contra credores.

Além da demanda instaurada, o ato fraudulento que configura a fraude de execução deve produzir um dano capaz de reduzir o agente a um estado de insolvência. É evidente que a aferição desse estado de insolvência é difícil para o credor, pois muitas vezes ele não possui conhecimento acerca da situação patrimonial do devedor, apresentando muitas vezes, apenas indícios do estado de insolvabilidade do devedor.

No entanto, a jurisprudência impõe ao credor o ônus da prova quanto à insolvência do devedor, nos casos em que a alienação se dá após a citação e antes do ato construtivo. Após a penhora, esse ônus remete-se ao devedor, haja vista a presunção de insolvabilidade existente. Deve-se mencionar que a insolvência é presumida nos casos do artigo 750, incisos I e II do CPC, quando o devedor não possui outros bens para nomear à penhora ou quando é efetivado o arresto dentro do disposto no artigo 813 do CPC. Por outro lado, o requisito da insolvência é dispensável nas hipóteses do artigo 593, inciso I do CPC e na alienação ou oneração do bem sob constrição judicial (CPC, art. 600, inciso I).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸⁹ impõe outros requisitos além da insolvência do devedor e a demanda instaurada para a caracterização da fraude de execução. Isso demonstra as inúmeras transformações pelas quais tem passado o instituto da fraude à execução. Há pouco tempo atrás, a fraude à execução se configurava com o simples ajuizamento da ação, mas atualmente depende de uma série de requisitos exigidos do credor, além daqueles previstos pelo estatuto processual vigente.

No tocante a bens imóveis, em virtude de estes serem os mais visados para a garantia da dívida, tem-se exigido alguns requisitos específicos. Em primeiro lugar, cabe lembrar que não basta o simples ajuizamento da demanda, pois se exige a existência de citação válida. Em segundo lugar, a ineficácia da alienação do bem penhorado, ante os adquirentes, dependerá da demonstração por parte do credor de que o terceiro tinha ciência da existência de atos constitutivos sobre o bem (*scientia fraudis*). Por fim, a Corte exige que o credor providencie a inscrição da distribuição da ação ou da citação do devedor no Cartório de Registros de Imóveis, antes da realização do ato constitutivo, sob pena de ter que provar que o adquirente tinha conhecimento da existência da demanda.

Esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça tem sido criticado por boa parte da doutrina, que entende que ele acaba impondo um ônus muito pesado ao credor. Assevera-se que a prova da má-fé do adquirente é muito difícil, quando não impossível. É possível apenas que o credor demonstre que o terceiro tinha condições de saber da existência da demanda, mas não é capaz de provar o querer íntimo do terceiro.

No que se refere aos bens móveis, a questão se agrava, já que tais bens se transferem com a simples tradição. Seria um exagero pretender que o credor registrasse a distribuição da ação ou citação em diversos órgãos, tais como os Departamentos de Trânsito, secretarias de clubes, entre outros. Entretanto, continua prevalecendo o entendimento de que a falta desses registros gera o ônus ao credor de provar que o adquirente sabia da existência da ação.

⁸⁹ Ernesto Antunes de Carvalho expõe os atuais requisitos exigidos pelo Superior Tribunal de Justiça para a configuração da fraude à execução (CARVALHO, 2001, p. 328-331).

4.3. TERCEIRO ADQUIRENTE

O instituto da fraude à execução tem sofrido inúmeras modificações, principalmente em decorrência do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que introduziu a obrigatoriedade da ciência de existência de demanda por parte do adquirente para a sua configuração. Assim, a situação jurídica do terceiro, cujo patrimônio vem a ser atingido por ato de constrição judicial, tem sido alvo de discussão na doutrina e jurisprudência, o que culminou na alteração da legislação pertinente ao assunto, bem como no entendimento dos Tribunais. Por esse motivo, a análise da fraude à execução nos dias de hoje pressupõe a análise da situação jurídica, não só do credor e do devedor, mas também do terceiro adquirente.

Em virtude de a fraude à execução ser considerada um ato atentatório à dignidade da justiça, não existia a preocupação em se indagar da situação do terceiro adquirente. Este possuía como único meio de defesa a oposição de embargos de terceiro, limitando-se a tentar derrubar a presunção de insolvência do devedor. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, além da pendência da demanda e da insolvência do devedor, faz-se necessária prova do credor acerca do conhecimento da existência da ação por parte do terceiro adquirente, caso a citação do devedor não estiver registrada na circunscrição imobiliária do local onde se encontra o imóvel alienado.

Justifica-se esse novo entendimento em razão das situações em que, mesmo tomando todas as cautelas necessárias para a aquisição do bem, o terceiro vem a ser surpreendido pela decretação de fraude à execução. Uma hipótese provável ocorre nos casos em que o terceiro negocia com o sócio de uma empresa, cujos bens são atingidos em virtude de execução movida contra a pessoa jurídica da qual faz parte.

O entendimento de que cabe ao credor a prova da ciência do terceiro adquirente tem sofrido críticas severas por parte da doutrina. Os críticos afirmam que, entre sacrificar o credor e, conseqüentemente, a atividade jurisdicional, ou o terceiro adquirente, seria melhor optar pelo prejuízo deste, pois ele poderia pleitear posteriormente a reparação de seus danos em juízo. Além disso, afirmam que a exigência da prova da má-fé do adquirente, ou seja, da sua intenção de lesar os credores, é matéria pertinente à fraude contra credores e não à fraude à execução.

Os que defendem o posicionamento do STJ rebatem esse argumento afirmando que não se estaria exigindo a intenção de prejudicar terceiros, mas tão somente a ciência do adquirente de que há ação capaz de tornar o devedor insolvente.

A questão que se coloca é que o ônus da prova atribuído ao credor praticamente inviabiliza a configuração da fraude à execução. É impossível que o credor demonstre que o terceiro tinha em seu íntimo a ciência acerca da existência da demanda. É possível apenas que ele demonstre a possibilidade desse terceiro vir a saber da pendência da ação, isto é, ele deve demonstrar que, se o terceiro tivesse tomado a mínima cautela para assegurar a lisura na realização do negócio, saberia da intenção fraudulenta do devedor.

A introdução do §4º no artigo 659 do CPC converteu em exigência legal a inscrição da penhora no respectivo registro, para que se dê ciência ao terceiro de boa-fé do gravame incidente sobre o bem, para que não venha a sofrer prejuízos. Assim, o registro da penhora faz surgir uma presunção *jures et de jure* contra o adquirente e, se não houver, caberá ao credor o ônus da prova de que o adquirente tinha conhecimento do ato de constrição do bem⁹⁰.

Mesmo que inexista a penhora, mas já esteja em curso demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência, cabe ao credor o ônus de provar que o terceiro adquirente tinha ciência da demanda ou poderia ter tido tal conhecimento se tivesse praticado as diligências normais que se poderia exigir de um homem médio no ato da celebração do contrato. Essas diligências mínimas poderiam ser interpretadas como a extração de certidões de registro imobiliário, distribuidor do fórum e de protestos de títulos na comarca da situação do bem.

Outra questão pertinente à figura do terceiro adquirente diz respeito aos casos em que o imóvel por ele adquirido constitui seu bem de família. Daí decorrerá um conflito entre o direito do credor lesado pela fraude à execução e a garantia legal de impenhorabilidade do bem de família. Entende-se que o terceiro adquirente de

⁹⁰ Amílcar de Castro, nos seus Comentários ao Código de Processo civil aduz que : "o fato, porém, de não ter sido registrada, ou inscrita, a penhora, ou arresto, ou seqüestro, ou a citação, não impede a alegação de fraude contra a execução, e, sim, somente, tem a significação de ficar o exeqüente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento, ou de que sobre os bens estava sendo movida ação real, ou reipersecutória, ou de que pendia contra o alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência" (CASTRO, 1941, p.77).

boa-fé tem assegurada pela Lei nº 8.009/90 a garantia de inviolabilidade de seu bem de família, assim como o teria o devedor alienante.

A partir do momento em que o ato eivado pela fraude à execução torna-se ineficaz perante o credor, o terceiro adquirente prejudicado tem direito de reembolso do prejuízo sofrido, em ação direta contra o devedor alienante⁹¹. Mendonça Lima⁹² afirma que “subtraído o bem de terceiro, este terá ação regressiva contra o transmitente para reaver o que pagou e, possivelmente, cumulada com a de perdas e danos eventualmente verificados. Se ocorrerem os requisitos legais da fraude, o devedor estará se locupletando à custa do credor, cabendo a esse direito de seqüela sobre o bem transmitido e arcando o devedor com o ônus de ressarcir o adquirente.”

4.4. EFEITOS

Há autores que qualificam o ato praticado em fraude à execução como sendo absolutamente nulo, mas apenas para diferenciá-lo em relação ao ato praticado em fraude contra credores, tido como anulável. Contudo, constata-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento consolidado de que o ato praticado em fraude à execução é ineficaz em relação ao credor exeqüente, abrindo-se a possibilidade de serem excutidos os bens alienados, com o propósito de se saldar a dívida existente.

Embora o ato de alienação ou oneração seja válido, ele é ineficaz perante o credor. Deve-se ressaltar que a ineficácia da alienação só se dá com referência ao credor, devedor e adquirente, pois continua válida a venda ou oneração perante terceiros não envolvidos no negócio jurídico ou no processo em questão⁹³. Ao contrário do que ocorre na fraude contra credores, a venda não será nula nem tampouco anulável. Araken de ASSIS⁹⁴ afirma que “admitida a fraude, o ato jurídico, *lato sensu*, efetuado pelo executado se ostentará inoperante para a execução, tal como um véu, e os meios executórios atuarão sobre o bem illicitamente subtraído à garantia patrimonial.”

⁹¹ CAHALI, op. cit., p. 541.

⁹² MENDONÇA LIMA, op. cit., p. 455.

⁹³ BARCELOS. P. dos S. Fraude de execução. **Revista dos tribunais**, nº 658, p. 47.

⁹⁴ ASSIS, op. cit., p. 244.

A ineficácia do ato praticado em fraude à execução possibilita a diferenciação com o instituto da fraude contra credores. Nesta, se houver alienação de bens que caracterize a fraude, todos os que se acharem prejudicados podem ingressar em juízo e pleitear a anulação do ato. Em contrapartida, na fraude à execução, somente o credor demandante é quem pode pedir a ineficácia do ato, requerendo que se prossiga a execução sobre o bem alienado ou gravado⁹⁵.

Caso o devedor aliene bem litigioso no curso da demanda, ficará caracterizada a fraude à execução. No entanto, se a qualquer fase do processo o juiz considerar o autor carecedor de ação e extinguir o processo sem julgamento do mérito, a venda tornar-se-á eficaz, desaparecendo a fraude à execução. O autor poderá propor novamente o demanda, mas se não o fizer antes do trânsito em julgado da sentença que extinguiu o primeiro processo, a alienação ou oneração acontecida em fraude à execução não mais existirá. O único caminho restante ao credor, então, será o de ingressar com ação pauliana, alegando a fraude contra credores.

Cabe ressaltar que o ato praticado em fraude à execução será apenas ineficaz em relação ao processo de execução, pois se este não prosseguir e se extinguir, a alienação se revestirá de plena eficácia. O ato, portanto, será válido entre as partes envolvidas no negócio, sendo desconsiderado apenas quando lesar os direitos do credor fraudado.

A fraude à execução independe de ação própria para ser declarada, podendo ser decretada de ofício pelo juiz ou a requerimento do interessado, por meio de simples petição nos autos onde se configurar.

⁹⁵ BARCELOS, op. cit., p. 49.

5. ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE A FRAUDE CONTRA CREDORES E A FRAUDE DE EXECUÇÃO

A análise da fraude contra credores pressupõe um estudo comparativo com a fraude à execução e vice-versa, uma vez que existe uma nítida conexão entre os dois institutos. É evidente que tais institutos apresentam aspectos inconfundíveis e particulares, mas pode-se vislumbrar uma fundamentação comum entre eles. Assim, a fraude contra credores apresenta, ao mesmo tempo, semelhanças e distinções em relação à fraude à execução, as quais devem ser analisadas com muita cautela.

Mário Aguiar MOURA⁹⁶, no tocante à relação existente entre fraude contra credores e fraude à execução, assim se manifesta:

dada a proximidade conceitual, mas também a existência de distinções necessárias e convenientes de serem postas em relevo, as duas espécies ora se tocam, para logo se separarem em pontos fundamentais. Daí o inconveniente de promover, de todo e definitivamente, o alheamento ou a promiscuidade de uma e outra figura. O destaque das duas tendências, repulsão e aproximação, serve de iluminar o adequado manejo na ordem processual, onde, ao cabo, vêm ambas a ter definitiva solução. A fraude contra credores, através da ação própria que traz efeitos de desconstituição dos atos; a de execução por ser seu *habitat* natural o processo.

5.1. SEMELHANÇAS

A fraude contra credores e a fraude à execução revelam-se como medidas conservatórias do patrimônio do devedor. A partir do momento em que a execução corporal foi substituída pela responsabilidade patrimonial, fez-se necessário o surgimento de medidas capazes de assegurar a única garantia dos credores, qual seja, o patrimônio do devedor. Dessa maneira, a fraude contra credores e a fraude de execução se voltam contra qualquer ato capaz de desfalcicar fraudulentamente o patrimônio do devedor, reduzindo ou eliminando a garantia dos credores.

Nota-se que ambos os institutos condenam a prática do ato fraudulento, ou seja, combatem o artifício utilizado com o intuito de lesar outrem. Assim, denotam a repulsa à frustração da garantia patrimonial do credor, a partir do momento em que o devedor, voluntariamente, desvia os bens suscetíveis de garantir sua dívida,

⁹⁶ MOURA, M.A. *Fraude de Execução...*, p. 61.

ocasionando uma lesão ao direito do credor. Seguindo o princípio *fraus omnia corrumpit*, repele-se a má-fé.

Nas duas modalidades, o alienante carece de legitimidade, pois a lei impõe obstáculos para a disposição de seus bens. Em virtude dessa proteção à boa-fé dos contratantes, o Direito apresenta mecanismos de repulsa à fraude, sendo que nos dois casos se apresenta a mais grave das conseqüências, qual seja, o desfazimento do negócio jurídico eivado de vício. A repressão da lei, tanto em sede de fraude contra credores, quanto de fraude à execução, possui um fim único, consubstanciado no retorno do bem objeto do ato fraudulento ao patrimônio do devedor, restabelecendo-se o *status quo* anterior, para que então se refaça a garantia de seus credores.

Alfredo BUZAID⁹⁷, citado por CAHALI (1989, p. 75), faz uma distinção no que se refere ao fundamento para a configuração da fraude. Afirma que na fraude contra credores, a fraude caracteriza-se por dois elementos, quais sejam, o *consilium fraudis* e o *eventus damni*, enquanto que na fraude à execução a fraude surge no momento em que se viola uma função processual em curso. Contudo, há vários posicionamentos no sentido de que os elementos essenciais exigidos para a configuração da fraude contra credores também o são para a fraude à execução. Yussef Said CAHALI⁹⁸ entende que são requisitos comuns aos dois institutos a fraude na alienação por parte do devedor, a ciência da fraude por parte do adquirente e o dano causado ao credor em virtude do ato fraudulento.

É certo que paira na doutrina uma discussão acerca dos efeitos da revogação do ato fraudulento. No tocante aos negócios jurídicos que têm por objeto bens em execução, *declara-se facilmente a sua ineficácia ou nulidade absoluta. Em que pese parte da doutrina defender que da fraude contra credores, ao contrário, resulta a anulabilidade do ato praticado, o entendimento predominante tem sido o da ineficácia ou inoponibilidade do ato em face do credor, o que aproxima os dois institutos em questão. Alvino LIMA⁹⁹ assinala que “em substância, o credor, agindo*

⁹⁷ BUZAID, A. **Do concurso de credores no processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 274.

⁹⁸ CAHALI, op. cit., p. 76.

⁹⁹ ALVINO LIMA, op. cit., p. 275.

no caso de fraude de execução exerce um direito real cuja finalidade é afastar os efeitos da alienação fraudulenta, tal como se verifica na pauliana.”

Tanto a fraude contra credores quanto a fraude à execução se assentam na responsabilidade patrimonial do devedor perante os seus credores, sendo essa a fundamentação jurídica para a sua repressão. Não se permite que o devedor se desfaça fraudulentamente de seu patrimônio, com o único intuito de lesar seus credores, de modo que, qualquer alteração no equilíbrio entre o seu ativo e seu passivo enseja as sanções previstas pela lei.

Por fim, pode-se afirmar que ambos os institutos fundamentam-se, em princípio, em ato de disposição de bens (alienação) ou de constituição de garantias. A insolvência é requisito indispensável para a configuração das duas modalidades de fraude, ou seja, para que seja acionado qualquer um dos dois institutos, exige-se a existência de prejuízo para o credor, determinado pelo desfalque dos bens destinados ao pagamento da dívida.

5.2 DISTINÇÕES

Em que pese as semelhanças apontadas entre a fraude contra credores e a fraude à execução, tais institutos apresentam consideráveis distinções. Yussef Said CAHALI¹⁰⁰ distribui essas diferenças em cinco grupos distintos, quais sejam, quanto à natureza dos institutos; quanto ao momento em que o ato em fraude é praticado; quanto ao elemento subjetivo do ato impugnado; quanto às formas de impugnação do ato e quanto à natureza e aos efeitos do juízo de ineficácia do ato.

No que diz respeito à natureza dos institutos, pode-se dizer que a fraude contra credores integra o direito material, sendo visualizada como um defeito dos negócios jurídicos. Por esse motivo, rege-se pelo direito privado, cuja disciplina se encontra no Código Civil, nos artigos 106 a 113. Em contrapartida, a fraude à execução é instituto de direito processual, uma vez que reflete uma violação à prestação da função jurisdicional, sendo disciplinada pelo Código de Processo Civil (arts. 592, V e 593). Por se tratar de questão de ordem pública, a fraude à execução pode ser conhecida de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte interessada. Já a

¹⁰⁰ CAHALI, op. cit., p. 78.

fraude contra credores não pode ser conhecida de ofício, dependendo da alegação da parte interessada através de ação própria (ação pauliana ou revocatória).

A fraude à execução pode ser considerada uma especialização da fraude contra credores¹⁰¹, mas se reveste de maior gravidade, uma vez que o ato fraudulento, além de prejudicar o direito de outrem, interfere no exercício da jurisdição, por ocorrer quando já está em curso uma demanda judicial. Assim, o caráter público da fraude à execução reveste o ato fraudulento de maior gravidade, se comparado com o ato praticado em fraude contra credores. Isso porque a existência de uma demanda faz com que o ato fraudulento prejudique a atuação do Estado, além dos interesses do credor. Uma vez invocada a prestação jurisdicional, o Estado passa a ter interesse que ela atinja sua efetividade, coibindo a prática de atos que venham a ferir a administração da justiça ou que “coloquem em desprestígio a função do Poder Judiciário perante a coletividade”¹⁰². É por esse motivo que o ato praticado em fraude à execução é considerado atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600, I), configurando ainda, ilícito penal (CP, art. 179).

Pode-se afirmar que o momento em que foi praticado o ato fraudulento representa um dos principais critérios distintivos entre os institutos, pois a fraude à execução estará configurada apenas depois de instaurada a demanda, enquanto que a fraude contra credores independe da tramitação de um processo para se concretizar. Para a configuração da fraude à execução, não se exige um processo executivo, pois ela pode ocorrer no curso de um processo de conhecimento. A lei fala em fraude à “execução” porque é nessa fase que se materializam os atos de apreensão e expropriação dos bens, mas nada impede que num processo de conhecimento antecipe-se a eficácia executória, pois esta se consolidaria futuramente num título executivo judicial.

Pontes de Miranda¹⁰³, assim se manifesta:

é que, segundo a doutrina, a simples insolvência não é suficiente para que se configure a fraude à execução, pois se exige a presença de outro pressuposto representado pela litispendência: inexistente a fraude de execução na iminência do processo, pois antes de instaurar-se a relação processual, seja condenatória ou executória, a fraude será apenas

¹⁰¹ Ibid., p. 68.

¹⁰² OLIVEIRA, op. cit., p. 95.

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA, op.cit., p. 462.

contra credores; o reconhecimento desta, assim, não está subordinado à preexistência de demanda em relação ao ato considerado fraudulento; enquanto isso, na fraude à execução, coloca-se como pressuposto indispensável a instauração da relação processual, a existência de uma demanda em andamento, tendo o ato fraudulento sido praticado pelo devedor para frustrar-lhe a execução; ocorre, aqui, uma prevenção legal em garantia da possível execução, etapa em que se materializam os atos de apreensão e expropriação dos bens, para que o direito declarado no título se transmude no fato do pagamento.

Esse critério mencionado decorre da diferenciação anterior, pois como assevera Mário Aguiar MOURA¹⁰⁴, “na fraude contra credores, tudo se passa no âmbito do direito privado. Pouco importa a existência de processo judicial, que só serviria para tornar mais evidente, se for o caso, a insolvência. Tudo corre e se esgota no âmbito da existência do débito, que não ingressou na fase militante da responsabilidade patrimonial, por não ter sido ajuizada a ação respectiva.”

No que se refere ao terceiro critério distintivo, qual seja, o elemento subjetivo do ato impugnado, deve-se ressaltar que ambos os institutos pressupõem a má-fé do agente. Há autores, no entanto, que diferenciam os institutos, afirmando que na fraude à execução não se exigiria a presença do elemento subjetivo do *consilium fraudis*¹⁰⁵. Em contrapartida, há autores que afirmam que não seria propriamente a dispensa desse elemento, mas sim a dispensa de sua prova e a inadmissibilidade da contraprova, uma vez que haveria uma presunção *juris et de jure* acerca do *consilium fraudis* na fraude à execução.

É certo que até pouco tempo, a configuração da fraude à execução se operava apenas com o ajuizamento da demanda. No entanto, hoje ela depende de uma série de requisitos exigidos do credor, dentre os quais a prova da ciência do terceiro adquirente em relação à existência de uma demanda em curso na época da alienação, denominada de *scientia fraudis*¹⁰⁶. Na realidade, a questão ainda é controvertida, pois ao lado das decisões que entendem necessária a prova do *consilium fraudis* na fraude à execução, estão as opiniões de autores e julgados de nossos Tribunais que contrariam essa orientação. Mário Aguiar MOURA¹⁰⁷ alerta que

¹⁰⁴ MOURA, M. A. *Fraude de execução...*, p. 63.

¹⁰⁵ Liebman é adepto desse posicionamento, entendendo que na fraude à execução, “a intenção fraudulenta está *in re ipsa*” (LIEBMAN, 1946, p. 174).

¹⁰⁶ No que toca a necessidade da presença do *consilium fraudis* para a configuração da fraude à execução, ver sub-capítulo 3.2, referente aos requisitos para caracterização da fraude à execução.

¹⁰⁷ MOURA, M.A. *Fraude de execução...*, p. 65.

contemporizar com o subjetivismo da boa-fé ou má-fé do adquirente, elemento fugidio, verdadeiro escolho nas águas da prova, seria por em risco a prestação jurisdicional efetiva. Dos mais árduos é o problema, dado o conluio entre as duas partes que mais controle exercem sobre a situação: o devedor alienante e o adquirente. No atendimento a tais perquirições, seria dar prevalência aos interesses individuais sobre o coletivo. E sabe-se que, em tema de prestação jurisdicional, o inverso é que deve suceder.

O quarto critério de diferenciação se baseia na forma de impugnação do ato fraudulento. O reconhecimento da fraude contra credores depende de ajuizamento de ação própria, que é a ação pauliana ou ação revocatória. Já a fraude à execução pode ser declarada nos próprios autos em que se originou, seja o processo de execução ou de conhecimento, ou até mesmo em sede de embargos de terceiro. Além disso, segundo Lauro Laertes de OLIVEIRA¹⁰⁸, “a fraude contra credores prescreve em quatro anos. A fraude de execução é a princípio imprescritível, por ser ato ineficaz ou nulo. No máximo podemos admitir a prescrição aquisitiva de imóveis, conforme os arts. 550 a 553 do CC, e de móveis, segundo os arts. 518 e 619 do CC”.

O último critério de distinção remonta à natureza do ato e aos efeitos da sentença e tem se mostrado um dos pontos mais controvertidos a respeito da questão, ensejando os mais diferenciados posicionamentos da doutrina e jurisprudência a respeito do assunto. Há vários posicionamentos no sentido de que na fraude contra credores tem-se um ato jurídico anulável, em virtude do disposto no artigo 147, II do Código Civil, enquanto na fraude à execução a alienação seria ineficaz. Quanto à ineficácia do ato praticado em fraude à execução não há muita controvérsia, mas a questão se agrava quando o assunto trata dos efeitos gerados pelo ato praticado em fraude contra credores.

A doutrina dominante, como já foi explanado, tem entendido que a fraude contra credores também dá ensejo à ineficácia do ato lesivo em face do credor prejudicado. Ocorre que as divergências ainda persistem, porque não se chegou a um consenso no que diz respeito à natureza da sentença de ineficácia do ato.

Mário Aguiar MOURA¹⁰⁹ entende que na fraude contra credores “a sentença tem natureza constitutiva, sendo seus efeitos *ex nunc*. Destrói o negócio jurídico a partir do momento em que a decisão passa em julgado. Na fraude de execução, a

¹⁰⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 96.

¹⁰⁹ MOURA, M. A. *Fraude de execução...*, p. 67.

decisão é simplesmente declaratória. Seus efeitos, nessa sorte, operam *ex tunc*, com desfazimento do quanto tenha decorrido do ato declarado ineficaz.”

Mendonça LIMA¹¹⁰ entende que os atos afetados pela fraude contra credores são anuláveis, enquanto que os atos visados pela fraude de execução são ineficazes; os primeiros são desfeitos, desconstituídos; os segundos são declarados.

Humberto THEODORO JÚNIOR¹¹¹ assevera que “o negócio jurídico, que fraudava a execução, diversamente do que se passa com o que fraudava credores, gera pleno efeito entre alienante e adquirente. Apenas não pode ser oposto ao exequente. Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta, como se estas não tivessem ocorrido.”

ZAVASCKI¹¹² afirma que a fraude à execução gera uma *ineficácia primária*, pois a consequência é a de que o bem continua sujeito aos atos executivos como se jamais tivesse ocorrido a alienação ou gravame. Por outro lado, na fraude contra credores, a ineficácia do negócio seria *sucessiva*, uma vez que o negócio nasce plenamente eficaz, sendo que o bem alienado só será responsável após a procedência da ação pauliana. Para ele, embora o Código Civil induza a conclusão de que a fraude contra credores gera a anulabilidade do negócio, o que se verifica é uma ineficácia relativa, pois há inoponibilidade do negócio em relação a certos credores apenas. Se houvesse a simples anulação do negócio, retornar-se-ia ao *status quo ante*, ou seja, o bem seria incorporado novamente ao patrimônio do devedor, podendo com isso beneficiar qualquer outro dos seus credores, inclusive os supervenientes à alienação (e não apenas o autor da pauliana).

CAHALI¹¹³ assim se posiciona:

parece-nos que, envolvendo, tanto a fraude de execução, como a fraude contra credores um juízo de ineficácia do ato fraudulento (sua inoponibilidade em relação ao credor prejudicado), resulta igualmente certo que o provimento judicial de ineficácia tem natureza declaratória, em qualquer dos casos: a sentença constata a existência da lesão à garantia do crédito, e dos fatos assim constatados e declarados resulta o reconhecimento da ineficácia do ato em fraude, tanto de execução, como contra credores; declaração de ineficácia que, em ambos os casos, opera efeito *ex tunc*, que lhe é próprio. A sentença proferida na ação pauliana não desconstitui o ato, remanescendo o vínculo estabelecido entre as partes que nele intervieram; produzindo aquele todos os seus efeitos na eventualidade da extinção da ação pauliana pela satisfação do crédito por bens outros não

¹¹⁰ MENDONÇA LIMA, op. cit., p. 439.

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, H. **Processo de execução**, p. 155.

¹¹² ZAVASCKI, op. cit., p. 592.

¹¹³ CAHALI, op. cit., p. 87.

compreendidos no ato. A única diferença reside no emprego do *remedium iuris*, adequado para o credor obter aquele reconhecimento ou declaração: enquanto o ato praticado em fraude de execução pode ser, como tal, reconhecido incidentalmente, ou assim declarado, mesmo de ofício, nos autos da própria execução, ocorre diversamente quanto à fraude contra credores; só esta precisa ser declarada em processo à parte, através do exercício da ação pauliana, ou por via de exceção substancial, como matéria de defesa nos embargos de terceiro.

Dessa forma, mesmo a corrente que defende a tese da ineficácia do ato fraudulento tanto na fraude à execução quanto na fraude contra credores admite que essa ineficácia é distinta. Na fraude à execução, tem-se uma ineficácia originária, pois o ato fraudulento, apesar de existente e válido para as partes, é como se inexistisse para o credor. Nesse caso, o juiz declarará a fraude, incidentalmente, nos próprios autos da execução. Já na fraude contra credores, tem-se uma ineficácia sucessiva, reclamando-se o exercício da ação pauliana¹¹⁴.

5.3 CUMULAÇÃO E FUNGIBILIDADE

Tendo em vista que tanto a fraude contra credores quanto a fraude à execução são medidas conservatórias do patrimônio do devedor, procurando resguardar a garantia dos credores, nada impede que tais medidas sejam propostas cumulativamente, ainda mais nos casos em que não são tão nítidos os pressupostos exigidos para a configuração da fraude à execução. Além disso, se for alegado apenas fraude contra credores, nada impede que o juiz reconheça ao final da demanda a fraude à execução, uma vez que esta apresenta efeitos mais eficientes e radicais e pode ser declarada de ofício.

Nessas condições, Yussef Said CAHALI¹¹⁵ tem entendido que não ocorre um julgamento *extra petita* se a parte optou pela alegação de fraude contra credores, quando o correto seria alegar a fraude à execução. Admite-se, nesse caso, a fungibilidade entre os procedimentos, haja vista a afinidade entre os institutos e a liberdade de o juiz interpretar extensivamente os conceitos e aplicar o correto direito ao caso concreto. Pode-se reconhecer a fraude à execução mesmo quando o autor fundamentou sua pretensão na fraude contra credores, mas a recíproca não é verdadeira. Isso se explica pelo fato de a fraude contra credores não poder ser

¹¹⁴ ASSIS, op. cit., p. 225-226.

¹¹⁵ Ibid., p. 88.

declarada *ex officio*, dependendo da alegação da parte interessada, em ação própria para tal (ação pauliana ou revocatória).

6. CONCLUSÃO

A partir do momento em que o patrimônio do devedor passou a ser a garantia de seus credores, qualquer alteração patrimonial constitui potencialmente um risco para a satisfação do débito. Por esse motivo, deve o credor estar atento às alterações patrimoniais do devedor, de modo que fique resguardado o seu direito de recorrer a este patrimônio em caso de inadimplemento.

Como foi constatado, verifica-se a possibilidade de duas espécies de fraudes atentatórias ao princípio da responsabilidade patrimonial, quais sejam, a fraude contra credores e a fraude à execução. Apesar de serem medidas conservatórias do patrimônio do devedor, ambos os institutos guardam peculiaridades que merecem ser analisadas na perspectiva do regime jurídico que recebem. É certo que o ordenamento trata de maneira diversa estes institutos, mas essa diversidade de tratamento decorre exatamente de suas características intrínsecas: enquanto a fraude contra credores coloca em risco o interesse do credor, a fraude à execução compromete a própria prestação jurisdicional.

Nesse sentido, após a breve análise da figura da fraude e das duas modalidades que aqui se apresentam, procurou-se estabelecer os principais aspectos comparativos entre os dois institutos em questão, tanto no que diz respeito às suas semelhanças, quanto às suas distinções. Dessa análise, foi possível constatar que:

1. Ambas constituem medidas conservatórias do patrimônio do devedor. Respondendo este patrimônio por suas dívidas e obrigações, deve ser preservado de todo e qualquer desfalque fraudulento;
2. Ambos os institutos condenam a prática do negócio jurídico fraudulento, tendo como fundamento a lesão sofrida pelo credor. Sendo assim, buscam atingir o mesmo resultado, qual seja, o retorno do bem objeto do ato fraudulento ao patrimônio do devedor;
3. Ambas preservam a necessidade de manutenção da boa-fé, resguardando o meio pelo qual a moral penetra no direito, consagrando-se a máxima do *fraus omnia corrumpit*;

4. Ambas têm sua base de sustentação jurídica na responsabilidade patrimonial do devedor perante seus credores, de modo que o desequilíbrio patrimonial do devedor dá ensejo às sanções previstas pelos institutos;
5. Ambas têm como pressuposto fundamental a insolvência, combatendo os atos de alienação e de constituição de garantia em favor de um dos credores ou de terceiro (ressalta-se que na fraude à execução o requisito da insolvência é exigido tão-somente para a hipótese elencada pelo inciso II do artigo 593 do Código de Processo Civil). Por esse motivo, pressupõe-se a existência de prejuízo ao credor, que teve sua garantia abalada com o ato de alienação ou oneração do patrimônio;
6. Com a nova configuração jurisprudencial, passa-se a exigir a *scientia fraudis* do terceiro adquirente, envolvido na prática do ato fraudulento;
7. No tocante às diferenças, pode-se afirmar que enquanto a fraude contra credores atenta-se para os interesses privados, sendo disciplinada pelo Código Civil e, portanto, instituto de direito material, a fraude à execução atenta contra a dignidade da justiça, constituindo instituto de direito público e processual, encontrando disciplina no Código de Processo Civil.
8. No que toca aos efeitos do ato fraudulento, a fraude contra credores gera a anulabilidade do ato (segundo o Código Civil), enquanto que a fraude à execução gera tão somente sua ineficácia. Como foi demonstrado, a questão ainda é controvertida no âmbito da doutrina e jurisprudência brasileiras;
9. A fraude contra credores exige a propositura de ação própria, dita ação pauliana ou revocatória, para ser reconhecida; já a fraude à execução dispensa uma ação própria.
10. Por tratar de interesse privado, a fraude contra credores não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz. Já a fraude à execução, por estar relacionada ao interesse público da administração da justiça pode ser decretada *ex officio*.
11. A fraude contra credores exige a prova do elemento subjetivo da má-fé do devedor e do adquirente, enquanto que a fraude à execução não necessita dessa prova para se configurar, bastando apenas que fique demonstrada a ciência do adquirente.
12. No que se refere à natureza da sentença proferida, para aqueles que distinguem os efeitos da fraude contra credores dos efeitos gerados pelo ato

praticado em fraude à execução, a sentença da ação pauliana teria efeitos *ex nunc*, em oposição aos efeitos *ex tunc* da fraude à execução.

13. A fraude contra credores independe da instauração de uma demanda, enquanto que a fraude à execução pressupõe uma demanda em curso.

14. A alegação de fraude contra credores prescreve em quatro anos, enquanto que a fraude à execução é imprescritível.

Diante do exposto, pode-se constatar que entre os dois institutos analisados variam os meios processuais, mas ambos visam ao mesmo resultado, uma vez que condenam o ato fraudulento praticado em prejuízo do credor. Assim, pode-se afirmar que a fraude à execução realiza no âmbito processual o que a fraude contra credores busca na esfera do direito privado, ainda que isso ocorra de uma forma mais radical e fulminante, tendo em vista a maior gravidade do ato fraudulento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ARAGÃO, E. e MEDEIROS, M. L. L.C. de. A fraude de execução e o terceiro adquirente. **Série de Processo de Execução e Assuntos Afins**. São Paulo, v.2, p. 343-358, 2001.

ASSIS, A. de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 1999.

BARCELOS, P. dos S. Fraude de execução. **Revista dos Tribunais**, nº 658, p. 43-51, ago. 1990.

BEZERRA FILHO, M. J. Ação pauliana e embargos de terceiro. **Revista dos Tribunais**, nº 581, p. 25-34, mar. 1984.

BUSSADA, W. **Fraude à execução e fraude contra credores interpretadas pelos tribunais**. Bauru: Edipro, 1994.

CAHALI, Y. S. **Fraude contra credores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

CARVALHO, E. A. de. Reflexões sobre a configuração da fraude de execução segundo a atual jurisprudência do STJ. **Série de Processo de Execução e Assuntos Afins**. São Paulo, v.2, p. 314-342, 2001.

CARVALHO DIAS, R. B. de. Da Fraude à execução. **Revista Forense**, nº 290, p. 67-80.

COSTA, J. M. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 381-473

DINAMARCO, C. R. **Execução civil**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

HANADA, N. **Da insolvência e sua prova na ação pauliana**. 3.ed. rev. e apl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LACERDA FILHO, F. P. de. **Ação pauliana**. Curitiba: Juruá, 1979.

LIEBMAN, E.T. **Processo de execução**. 4. ed. (com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello). São Paulo: Saraiva, 1980.

LIMA, A. de M. Fraude de execução. **Revista dos Tribunais**, nº 485, p.39-46, mar. 1976.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 1991.

LIMA, A. **A Fraude no direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

MOURA, M. A. Fraude de execução pela insolvência do devedor. **Ajuris**, nº 12, p. 59-70.

_____. Fraude contra credores e embargos de terceiro. **Revista dos Tribunais**, nº 617, p. 25-27, mar. 1987.

NERY JÚNIOR, N. Fraude contra credores e os embargos de terceiro. **Ajuris**, nº 23, p. 93-106.

OLIVEIRA, L. L. de. **Da ação pauliana**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

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

PAES, P.R. T. **Fraude contra credores**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

PARIZATTO, J. R. **Fraude de execução e fraude contra credores**. 2. ed., Ouro Fino: Edipa – Editora e Distribuidora Parizatto, 2000.

PONTES DE MIRANDA, F.C. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, tomo IX, 1976, p. 446-471.

PRATES, H. **Atos simulados e atos em fraude da lei**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

SILVA FILHO, E. Ação pauliana. **Revista dos Tribunais**, nº 318, p. 40-50.

TALAMINI, E. e TALAMINI, E.T. Embargos de terceiro – requisitos para caracterização de fraude à execução. **Revista de Processo**, nº 89, p. 241-246.

TEIXEIRA, S. de F. Fraude de execução. **Revista dos Tribunais**, nº 609, p.7-14, jul. 1986.

THEODORO JÚNIOR, H. Fraude contra credores e fraude de execução. **Revista dos Tribunais**, nº 776, p. 11-33, jun. 2000.

ZAVASCKI, T.A. **Comentários ao código de processo civil**. v. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, L.R. et al. **Curso avançado de processo civil - Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1998.