

A FRAUDE DE EXECUÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRIMEIRAS IMPRESSÕES.

Fábio Tadeu Ferreira Guedes

Pós-graduado em Direito Processual Civil e Pós-graduado em Direito Imobiliário pelo COGEAE, da Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica. – PUC/SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breves considerações sobre a fraude de execução – 3. A fraude de execução antes da Lei 13.097/2015 – 4. Entre a entrada em vigor da Lei 13.097/2015 e o Código de Processo Civil/2015 – 5. Após a entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015 – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Os profissionais que atuam no mercado imobiliário são frequentemente procurados para analisar os riscos envolvidos na celebração de um determinado instrumento de venda e compra. E se deparam, invariavelmente, com um dilema que não é simples de ser respondido: a compra é segura para o seu cliente?

Aos menos afeitos com as minúcias dos instrumentos de venda e compra, a resposta pode parecer simples. Mas não chega nem perto disso. Apesar de todas as informações e documentos obtidos nessa análise, o estudo acaba sempre apontando ressalvas ao comprador. É um “risco calculado” adquirir um imóvel, mas ainda assim é um risco.

Sonho para os que fazem esse trabalho é encontrar as condições perfeitas para o negócio de venda e compra, em que o imóvel tenha sido de propriedade exclusiva do vendedor por mais de 30 anos, que este seja pessoa física, não seja empresário e não possua pendências jurídicas em qualquer esfera.

Mas, ainda assim, é possível afirmar que a compra não será totalmente segura. Pode ser que, em outro estado da federação, este vendedor tenha alguma espécie de restrição que

venha a afetar e incidir sobre o negócio que está sendo celebrado. Esse adquirente pode incorrer na chamada fraude de execução e ficar sujeito à perda do bem que acabou de adquirir, mesmo tendo analisado uma infinidade de documentos e certidões.

Para se evitar esse problema, seria necessário um estudo minucioso da situação jurídica do vendedor em todos os estados do país. Não é preciso maiores esclarecimentos para demonstrar que uma pesquisa com essa amplitude tornaria inviável a celebração de negócios dessa natureza e, certamente, paralisaria o mercado de venda e compra de imóveis usados, por exemplo.

É por isso que a chamada fraude de execução deve ter contornos bem definidos, com vistas a empregar segurança jurídica aos compradores de imóveis que adotem determinadas cautelas e possam ser considerados terceiros adquirentes de boa-fé.

A proteção a esse adquirente de boa-fé mostra-se de acordo com o que se espera de um sistema jurídico coerente e bem estruturado. Dar ao comprador a segurança de que ele pode adquirir um imóvel sem que venha a ter surpresas futuras, como a perda dessa propriedade em razão da decretação de fraude de execução, é respeitar e dar credibilidade ao próprio sistema.

Diante de tão importante questão, faremos uma breve análise sobre a evolução da situação do terceiro adquirente de boa-fé em nosso ordenamento jurídico, destacando o que se entendia por fraude de execução na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e o posicionamento dos Tribunais.

Em seguida, destacando a alteração da legislação sobre o tema, com a entrada em vigor da Lei 13.097/15, ressaltamos os benefícios e as perspectivas para o instituto com o que se denominou a “concentração dos atos na matrícula” do imóvel.

Por fim, fazendo um comparativo com a evolução histórica do instituto, abordaremos o texto do novo Código de Processo Civil que, ao entrar em vigor em março de 2016, deve ser corretamente interpretado para não representar um retrocesso ao sistema da fraude de execução e da proteção ao terceiro adquirente de boa-fé.

Tentaremos suscitar e enfrentar brevemente algumas das questões e dos problemas que podem surgir com o texto do novo diploma processual.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FRAUDE DE EXECUÇÃO

É princípio geral e antigo do direito que o patrimônio do devedor responde por todas as sua obrigações não cumpridas¹. Esse preceito hoje é consagrado pelo Código Civil em seus artigos 391 (obrigações contratuais)² e 942 (obrigações extracontratuais)³, bem como pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 789⁴. Assim também já estava disposto no diploma processual anterior (CPC/1973, artigo 591)⁵.

Mesmo assim, como bem destacam Humberto Theodoro Junior⁶ e Alvino Lima⁷, conforme a sociedade evolui, a astúcia da humanidade também se aperfeiçoa e aparece com mais frequência. Sob o aspecto da falsa aparência de legalidade, os desonestos conseguem camuflar seus atos e obter vantagens em detrimento dos outros, em “emprego hábil do processo de frustração da lei”⁸.

Exatamente para se evitar uma burla ao sistema, criaram-se meios para impedir o devedor de dissipar propositadamente seu patrimônio e frustrar o recebimento do crédito por parte do credor⁹.

¹ Com propriedade, destacava Enrico Tilio Liebman que “o patrimônio do devedor representa para o credor a garantia de poder conseguir, em caso de inadimplemento, satisfação coativa pelos meios executivos” (LIEBMAN, Enrico Tilio. *Processo de execução*. 5^a ed., com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 105).

² Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

³ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

⁴ Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

⁵ Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Fraude contra credores*: a natureza da ação pauliana. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 60/61.

⁷ LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 2; também citado por THEODORO JUNIOR, Humberto. *Fraude contra credores*..., cit., p. 61.

⁸ LIMA, Alvino, A fraude no Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 02; também citado por THEODORO JUNIOR, Humberto. *Fraude contra credores*..., cit., p. 61.

⁹ “Toda alienação de 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. Não obstante isso, a lei reconhece ao devedor plena liberdade de contratar e, por conseguinte, de alienar seus bens, com o limite de não serem

Ao que Cândido Rangel Dinamarco denominou de *fraudes do devedor*, estão compreendidos os institutos da fraude contra credores, fraude de execução e a disposição de bem já constrito judicialmente, atos que, “mesmo sendo intrinsecamente perfeitos (válidos), não produzirão o resultado visado pelo obrigado, ou seja, não terão a eficácia de impedir que o bem venha a ser utilizado em via executiva para a satisfação do credor”¹⁰. A depender da gravidade e da espécie de fraude, corresponderá uma reprimenda de intensidade maior ou menor.

Surgiu, assim, a figura da fraude contra credores, com o objetivo de impedir que o devedor consiga se desfazer de seu patrimônio e venha a lesar seus credores. A fraude contra credores, portanto, pressupõe a existência de uma obrigação assumida por um devedor que, imbuído de má-fé, pratica atos voltados a dilapidar seu patrimônio, comprometendo sua saúde financeira a ponto de prejudicar ou mesmo impedir que os seus credores possam se valer do patrimônio desse devedor para obter o adimplemento da obrigação assumida e não cumprida. Visa-se evitar que aquele credor fique sem meios de executar seu crédito em razão de ato fraudulento praticado pelo devedor.

Na fraude contra credores, veja-se, não se fala ainda em processo em tramitação. Analisa-se, exclusivamente, a existência de um crédito, a conduta do devedor e sua intenção de prejudicar o credor. Trata-se de ato anterior ao processo judicial.

Exatamente por essa razão, a fraude contra credores necessita ser reconhecida pelo Poder Judiciário, com vistas a se obter a anulabilidade/ineficácia¹¹ do negócio realizado

as alienações feitas com conhecimento do prejuízo que se vai causar aos credores por falta de outros bens capazes de garantir-lhes a satisfação de seus direitos. A lei desaprova a alienação feita nestas condições, pois a qualifica de fraudulenta’ (LIEBMAN, Enrico Túlio, cit., p. 105).

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV, 3^a ed. Malheiros, 2009, p. 422.

¹¹ Defendendo a anulabilidade do ato e não o reconhecimento de sua ineficácia, Nelson Nery Junior, que afirma que, “o sistema de invalidade e de ineficácia dos atos e negócios jurídicos é dado pela lei. No sistema do direito positivo brasileiro vigente, a fraude contra credores enseja a anulação do mencionado ato. A tese da ineficácia, portanto, pode ser discutida apenas de lege ferenda, não podendo ser acolhida em face de sua inadmissibilidade de lege lata. A consequência da procedência do pedido pauliano é a anulação do ato fraudulento, com a volta do bem onerado ou alienado ao patrimônio do devedor” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9^a ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006, p. 848). No mesmo sentido MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral, Tomo IV, Validade, Nulidade. Anulabilidade. 3^a ed., Rio de Janeiro: Borsoi; 1970, pp. 415 e ss. Da mesma forma, ASSIS, Araken. *Manual da execução*, 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 272/274. Em sentido contrário, Cândido Rangel Dinamarco afirma que os atos fraudulentos não são nulos nem anuláveis: “os atos fraudulentos são apenas ineficazes perante o credor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV..., cit., pp. 427/430). Defendendo a ineficácia, ao tratar dos efeitos da ação pauliana, Alvino Lima

pelo devedor. E o instrumento processual adequado para o credor que visa o reconhecimento da dilapidação do patrimônio do devedor é a chamada ação pauliana, ou revocatória¹².

Na ação pauliana, de modo resumido, caberá ao credor demonstrar¹³, no mínimo, (i) a existência de um crédito anterior ao ato supostamente fraudulento; (ii) a insolvência do devedor decorrente ou agravada com o ato fraudulento; e (iii) o *consilium fraudis*, ou seja, o objetivo de lesar o credor¹⁴.

A atuação do credor deve ser mais intensa quando pretende ver reconhecida a fraude contra credores. O ônus da prova recai com um peso muito grande sobre o credor,

afirma que “o efeito patrimonial e natural da revocatória só pode ser a restauração da garantia patrimonial, em benefício do credor ludibriado nos seus direitos creditórios. Mas a restauração daquela garantia patrimonial, ou a reintegração do patrimônio do devedor de molde a amparar seguramente os interesses do credor, só pode surgir com a proclamação da ineficácia do ato fraudulento, ou do ato de liberalidade, em benefício do credor que agiu judicialmente. (...) Esta ineficácia, como vimos, consiste na absoluta irrelevância dos efeitos obrigatórios do ato, relativamente aos credores por ele prejudicados; o ato é inoperante ou inoponível ao credor que triunfou na revocatória. (...) O credor, agindo por meio da revocatória, não visa anular o ato fraudulento, mas deseja apenas restaurar a garantia patrimonial. (...) embora os bens alienados ou os valores transferidos continuem no patrimônio do terceiro adquirente, o ato revogado se torna ineficaz relativamente ao credor (...). Este será o efeito único da revocatória, quanto ao credor, não sendo o terceiro adquirente obrigado a restituir, de fato, tais bens ou valores”. LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*, cit., pp. 183/185). Humberto Theodoro Junior, após fazer referência aos doutrinadores que entendem pela anulabilidade do ato, conclui pensar “que essa nova postura, que já vem provocando significantivos reflexos na jurisprudência, é a que merece prosperar. Procuraremos (...) demonstrar que, na realidade, nosso Código Civil, criou regra de *ineficácia relativa* e não de nulidade para a impugnação dos atos em fraude contra credores, não obstante a literalidade dos dispositivos apontar para a última figura jurídica. (...) Fazendo ineficaz o ato alienatório apenas em face do credor que moveu a revocatória, o bem continuará sujeito a responder pelo crédito do promovente, muito embora já integrado no patrimônio do terceiro adquirente. Cria-se, com isto, uma forma de *responsabilidade sem dívida*” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Fraude contra credores...*, cit., p. 157 e 195).

¹² Como bem destaca Luciano Mollica, a ação pauliana não tem por objetivo a satisfação do crédito pelo credor. Visa-se tornar viável a penhora sobre determinado bem do patrimônio do devedor, fraudulentamente desviado a terceiros, a fim de possibilitar a sua penhora em outra ação que, ao tempo daquela transferência a terceiro, não havia sido ainda ajuizada. Em MOLLICA, Luciano. *Novos contornos para a fraude de execução na alienação de bem imóvel, sob a perspectiva de dinamizar os negócios imobiliários*. Tese apresentada para obtenção do título de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

¹³ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, haveria um duplo requisito: (i) a insolvência criada ou agravada pelo ato fraudulento, somado (ii) ao *consilium fraudis* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV..., cit., p. 424). No mesmo sentido, Enrico Tulio Liebman, para quem “a fraude se caracteriza pelos requisitos do *consilium fraudis* e do *eventus damni*. Concorrendo estes requisitos, o credor poderá agir para a revogação do ato fraudulento.” (LIEBMAN, Enrico Tulio, cit., p. 105).

¹⁴ “A lei dispensa o requisito do *consilium fraudis* nos atos gratuitos, ou seja, naqueles em que o terceiro recebe o bem ou o direito sem se obrigar a uma contraprestação em benefício do devedor (CC, art. 158), porque a restauração da responsabilidade pelas obrigações deste não trará prejuízo algum a quem nada despendera para receber o que lhe houver sido transmitido. Assim é nas doações ou nas remissões incondicionadas de dívida” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV..., cit., p. 436).

afinal, a demonstração do *consilium fraudis* representa o fato constitutivo de seu direito e fundamenta toda a pretensão deduzida. O envolvimento do terceiro adquirente e o objetivo da fraude precisam ser provados, presumindo-se sua inocorrência.

Situação diferente e muito mais grave é aquela em que o devedor dispõe de bem já constrito judicialmente, como ocorre na venda de bem penhorado. Neste caso, além de frustrar expectativa legítima do credor, o devedor acaba por fraudar o próprio Poder Judiciário, uma vez que busca esvaziar de efeito prático o comando judicial proferido naqueles autos.

A ofensa ao sistema é gravíssima e, por isso, não cabe análise sobre o propósito do devedor de lesar seu credor. Segundo observa Cândido Rangel Dinamarco, “dispor do bem ou onerá-lo nessas situações é resistir injustificadamente à autoridade do juiz, já concretamente exercida sobre aquele”¹⁵. Considerando a afronta direta à constrição judicial (ato concreto, já praticado), dispensa-se até mesmo a constatação do agravamento da condição financeira do devedor para cumprimento de suas obrigações.

Na alienação de bem já penhorado, por exemplo, pouco importa se o devedor ainda é solvente ou se o terceiro adquirente agiu de boa-fé. Simplesmente mantém-se a constrição sobre o bem, independentemente da transferência de sua titularidade, como meio de se preservar a autoridade do Estado-Juiz.

Mas há uma situação intermediária entre a fraude contra credores e a alienação de bem já constrito judicialmente: o que ocorre na chamada fraude de execução, um pouco menos grave do que a alienação de bem já constrito judicialmente, mas que também pressupõe estar em curso uma demanda em desfavor do devedor que transfere a titularidade de seus bens a terceiros.

Além do objetivo de se preservar o credor, aqui também se verifica o escopo de se preservar a autoridade do Estado-Juiz, o que justifica a adoção de medidas mais enérgicas e dispensa o ajuizamento de uma nova demanda para o reconhecimento da fraude de execução.

Apenas para situar o momento em que se processa a fraude de execução, é importante considerar que o devedor possui uma obrigação a cumprir e há uma demanda ajuizada

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV..., cit., p. 450.

em seu desfavor para cumprimento dessa obrigação. Mas ainda não ocorreu um ato constitutivo contra o bem alienado ao terceiro. Não há penhora sobre o bem, por exemplo. Está em trâmite uma ação e o patrimônio do devedor está subordinado ao cumprimento da obrigação assumida (CPC, art. 789: “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações”).

Temporalmente, a alienação do bem ocorre entre o ajuizamento da ação¹⁶ e uma efetiva constrição judicial do bem.

Sem a necessidade de uma sentença judicial (processo autônomo) que reconheça que o bem alienado deva se submeter aos atos executivos, a própria lei já o coloca nessa situação e autoriza o magistrado a penhorá-lo ou adotar quaisquer medidas executivas nos mesmos autos em que se busca compelir o devedor ao cumprimento da obrigação¹⁷.

Nesse caso, como já estava pendente uma ação em desfavor do devedor, fica dispensada a demonstração de um possível intuito de lesar o credor ou mesmo um ajuste entre o devedor e o terceiro que veio a adquirir um bem de seu patrimônio, desfalcando-o.

Todavia, faz-se necessária a demonstração de que o terceiro adquirente sabia ou devia saber da existência do processo¹⁸. E mais. Aqui a situação de insolvência do devedor tem papel fundamental no reconhecimento da fraude de execução. Afinal, a ação judicial não congela o patrimônio do devedor, apenas o submete ao cumprimento da obrigação assumida e inadimplida¹⁹.

¹⁶ Segundo entendimento sedimentado pela jurisprudência atual, o termo inicial é a citação válida do devedor ou a averbação da distribuição da ação perante o registro competente. Nesse sentido é o fundamento utilizado pela Min. Nancy Andrigui no voto proferido no REsp 956.943: “É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC”.

¹⁷ “Não há necessidade de ação autônoma nem de qualquer outra providência mais formal para que se decrete a ineficácia de ato havido em fraude de execução. Basta ao credor noticiar na execução, por petição simples, que houve fraude de execução, comprovando-a, para que o juiz possa decretar a ineficácia do ato fraudulento” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 849).

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV..., cit., p. 424.

¹⁹ Nesse sentido, “a ordem jurídica não inibe as atividades econômicas de quem assume obrigações. Logo, o devedor conserva a livre disponibilidade de seus bens, incumbindo a seus credores respeitar-lhes os atos negociais, embora seus resultados sejam nocivos e até provoquem a insolvência. Acontece, às vezes, de os atos de disposição do obrigado – e o art. 591 não estatui qualquer ‘congelamento’ patrimonial –, em vez de retratarem alterações normais, revelarem o propósito de frustrar a realização do

É exatamente nesse ponto que o profissional encarregado de avaliar se a compra de um determinado imóvel é segura ou não enfrenta a maior dificuldade de seu trabalho. É possível afirmar seguramente se a transação de um imóvel configurará fraude de execução? A casuística pode apontar a solução. Mas é indiscutível que a caracterização da fraude de execução não pode se pautar por critérios incertos. É preciso fixar critérios claros para essa aferição como meio de buscar a segurança jurídica tão esperada pelos jurisdicionados. “Depende” não pode ser a resposta a uma pergunta supostamente simples como “é ou não é fraude de execução”?

A evolução histórica do instituto no Brasil caminha para a construção desses critérios objetivos. A entrada em vigor da Lei 13.097/2015, por exemplo, representa um excelente avanço nesse escopo, como se verá adiante. Mas é preciso ter cuidado com a interpretação do instituto da fraude de execução tratada pelo texto do Código de Processo Civil de 2016, que deve levar em consideração todo esse avanço doutrinário e jurisprudencial acumulado e desenvolvido ao longo dos anos que o antecederam.

É o que se verá nos próximos capítulos, onde será tratado especificamente sobre a fraude de execução em razão da alienação de bens após a instauração do processo judicial.

3. A FRAUDE DE EXECUÇÃO ANTES DA LEI 13.097/15

Com se viu em breves linhas, a fraude de execução se apresenta como uma ofensa tanto ao direito do credor quanto ao poder e autoridade do Estado-Juiz²⁰. Por sua importantíssima aplicação e efeito no campo da venda e compra de bens imóveis, compreender sua evolução histórica, ainda que superficialmente, pode sinalizar como interpretar o instituto para o futuro.

direito alheio. Neste caso, aparece a pretensão de revoga-los ou desfazê-los” (ASSIS, Araken, ob. cit., pp. 270/271).

²⁰ Exatamente em razão da intercambialidade entre o direito material (proteção da fraude contra o credor) e o direito processual (proteção da fraude contra o Estado-Juiz), fala-se da fraude de execução como *instituto bifronte*, ou seja, “aqueles que compõem as faixas de estrangulamento existentes entre a ordem processual e a substancial” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 110).

Com bem destacado por Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo²¹, antes do Código de Processo Civil de 2015, a fraude de execução era extraída da conjugação das regras previstas no Código de Processo Civil (1973), da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), da Lei 7.433/1985 e do entendimento jurisprudencial sobre o tema.

É possível afirmar-se que a fraude de execução era regida, basicamente, pelo disposto no artigo 593, do Código de Processo Civil de 1973. Segundo esse dispositivo, considerava-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens²² (i) quando sobre eles pendesse ação fundada em direito real; (ii) quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; e (iii) nos demais casos expressos em lei²³.

As situações previstas nos incisos do referido artigo 593 dizem respeito a situações com potencialidade de dificultar a consecução da medida judicial voltada à satisfação da obrigação devida e reduzir a capacidade financeira do devedor. “Na primeira hipótese, o obrigado visa a evitar medidas judiciais futuras, mas previsíveis, que deverão incidir especificamente sobre a coisa litigiosa (execução específica para entrega de coisa certa)”²⁴. Como observa Nelson Nery Junior²⁵, “são ações cuja pretensão de direito material nelas discutida tem natureza real: reivindicatória, usucapião, ações que versem sobre penhor, hipoteca, anticrese, etc”. A segunda hipótese dizia respeito à alienação de bem durante o trâmite de ação judicial, com potencial de reduzir o patrimônio do devedor a ponto de comprometer sua capacidade em cumprir a obrigação assumida. Aqui, há dois elementos que caracterizariam a fraude de execução: (i) “correr demanda” contra o devedor; e (ii) capacidade de reduzir o devedor à insolvência.

²¹ AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Problemas de direito intertemporal na nova disciplina da fraude à execução no ordenamento jurídico brasileiro. In: YARSELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (coords.). *Direito Intertemporal*. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 7; coordenador geral, Fredie Didier Jr). Salvador: Juspodim, 2016, p. 434.

²² Araken de Assis destaca que as hipóteses indicadas no *caput* do artigo 593, do CPC/1973 são apenas exemplificativas, lembrando que há outras hipóteses que não estão ali expressas, mas que também podem configurar fraude de execução, como a dação em pagamento, a renúncia à herança e a partilha de bens em separação consensual, por exemplo (ASSIS, Araken, ob. cit, p. 278).

²³ Como é o caso, por exemplo, do disposto no artigo 185, do Código Tributário Nacional. Nesse trabalho, ater-nos-emos aos casos destacados nos itens (i) e (ii), expressamente identificados nos incisos do artigo 593, CPC/73.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV..., cit., p. 441.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado...*, cit., p. 850.

O termo “correr demanda” apresenta um conceito relativamente vago e traz dificuldades para a delimitação do preciso termo inicial da fraude de execução. Leva-nos a crer estar se referindo à demanda em curso, mas não delimita qual seria o seu termo inicial. Seria o ajuizamento da demanda o divisor entre a fraude contra credores e a fraude de execução?

Como bem destacado por Paulo Henrique dos Santos Lucon²⁶, o termo *litispendência* possui duas acepções, tanto para designar a pendência do processo por força da propositura de demanda regularmente ajuizada, como para se referir à identidade total dos elementos identificadores da demanda entre duas ou mais demandas. O conceito que mais nos interessa nessa delimitação é exatamente o de “estar pendente um processo”.

Reforçando a ideia, ao conceituar *litispendência*, Cândido Rangel Dinamarco²⁷ afirma ser “mera pendência de um processo”, “o estado de um processo vivo, ou seja, que já existe porque já foi formado e ainda existe porque ainda não foi extinto”.

Mas, como assevera Nelson Nery Junior²⁸, embora o sistema do Código de Processo Civil/73 considerasse proposta a ação quando distribuída sua petição inicial, nos termos do seu artigo 263²⁹, somente se verificava a litispendência quando da realização da citação válida do réu, como previa seu artigo 219³⁰.

²⁶ “Litispendência tem duas acepções. A primeira, menos utilizada, refere-se à pendência do processo por força da propositura de demanda regularmente ajuizada, por um ente com capacidade de ser parte, perante autoridade investida do poder jurisdicional. É a litispendência vista pelo enfoque positivo e tem inegáveis efeitos materiais como tornar litigiosa a coisa, interromper a prescrição ou ainda provocar a incidência de juros. A segunda, de conhecimento geral para a comunidade jurídica, refere-se à identidade total dos elementos identificadores da demanda entre duas ou mais demandas e acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Tese apresentada para Concurso de Livre-Docêncie de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 88.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 172.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado...*, cit., p. 850.

²⁹ Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

³⁰ Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

Destacando que nem sempre haverá rigorosa coincidência entre os limites temporais dos dois institutos, Cândido Rangel Dinamarco faz a ressalva de que o conceito de litispendência se aplica apenas em parte à disciplina legal da fraude de execução³¹. E afirma que, para fim de caracterização do termo inicial para constatação da fraude executiva, em princípio, reputa-se “aquele em que é feita a citação do demandado e não aquele em que o processo tem início”³². Ademais, como observa Araken de Assis, “o art. 219, § 1º, prevê a retroação ficta ao momento do ajuizamento somente do efeito interruptivo da prescrição, não da litispendência”³³.

Mesmo após o ajuizamento da demanda³⁴ e até o momento da citação, portanto, a alienação do bem poderia incorrer o devedor em fraude contra credores, como visto, somente declarada por intermédio da ação pauliana. Apenas após a *citação válida* seria possível falar-se em fraude de execução, pois ainda não estaria configurada a *litispendência* e não teria havido o aperfeiçoamento da relação jurídico-processual, “de sorte que a alienação de bens pelos devedores em momento precedente ao de sua regular instauração, (...) não pode ser tida como ato atentatório à atividade jurisdicional, porquanto ainda não configurada a litispendência, que constitui pressuposto inafastável à conformação da fraude à execução”³⁵.

Essa questão, claro, foi enfrentada pela jurisprudência. Os julgados apontaram não ser possível a declaração de fraude à execução sem a existência de demanda anterior com citação válida.

Em embargos de divergência em Recurso Especial³⁶ manejado para unificar o entendimento sobre a matéria, ficou consignado haver “repulsa aos princípios informadores do nosso sistema jurídico a possibilidade de se condenar alguém sem ter ele ciência de demanda contra si proposta. Entendimento diverso equivaleria a negar o

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV..., cit., pp. 442/443.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV..., cit., p. 443.

³³ ASSIS, Araken, ob. cit., pp. 274.

³⁴ Sendo desnecessário que se cuide de ação de execução, aplicando-se o instituto da fraude de execução também a ações de outra natureza.

³⁵ Trecho extraído do acórdão proferido nos autos do AI 2189899-61.2015.8.26.0000, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, 19ª Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 23.11.2015.

³⁶ Nesse sentido, EREsp 259.890, Rel. Min. José Delgado, Corte Especial do STJ, j. 02.06.2004.

próprio princípio do contraditório”. Destacando a importância da citação do réu, assevera o aresto em análise:

A fraude à execução consiste em ato de muita gravidade, que acarreta danos aos credores e atenta contra o próprio desenvolvimento da atividade jurisdicional, frustrando a sua atuação. Está, inclusive, tipificada como crime (Código Penal, art. 179). Por isso, o seu reconhecimento deve ser seriamente sopesado, sendo a citação ato extremamente relevante, considerado um marco para a sua efetiva constatação.

Logo, embora o inciso II, do artigo 593, do Código de Processo Civil/1973, não fosse muito técnico ou preciso, “correr demanda contra o devedor” devia ser interpretado como havendo *tramitação de ação em desfavor do devedor, no qual já se operou a sua citação válida*³⁷.

Resta-nos analisar brevemente o segundo requisito trazido pelo referido inciso II, do artigo 593, do Código de Processo Civil/1973: capacidade do ato para reduzir o devedor à insolvência.

Como nos lembra Alexandre Junqueira Gomide³⁸, o próprio Código de Processo Civil/1973 já trazia o conceito de insolvência, em seu artigo 748³⁹, que se verifica sempre que o montante das dívidas superassem o patrimônio do devedor, sendo presumida nas hipóteses do artigo 750⁴⁰.

Exatamente porque a insolvência se verifica quando o patrimônio do devedor passar a ser insuficiente para garantir o cumprimento das obrigações assumidas, cada ato de disposição patrimonial deve ser analisado isoladamente. Isso porque é perfeitamente

³⁷ Vale dizer, “ainda que se trate de um processo ou fase de conhecimento, o ato de disposição revela o incivilizado e desleal intuito de impedir, dificultar ou retardar o exercício eficiente da jurisdição, tanto quanto pode suceder quando pende o processo executivo ou a fase de cumprimento de sentença. (...) No vigente sistema de execução por título judicial mediante a técnica do cumprimento de sentença, que constitui a segunda fase de um processo e não processo novo e autônomo, está em grande parte superada a questão referente às alienações ou onerações fraudulentas realizadas depois que terminam os atos de conhecimento (sentença de mérito passada em julgado) e antes que principiem os executivos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV..., cit., pp. 442-444).

³⁸ GOMIDE, Alexandre Junqueira. A proteção do terceiro adquirente na fraude de execução e a edição da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Ano 13, n. 25, jan-jul/2010, p. 17.

³⁹ Art. 748. Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor. (Dispositivo ainda vigente).

⁴⁰ Art. 750. Presume-se a insolvência quando: I - o devedor não possuir outros bens livres e desembargados para nomear à penhora; II - forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III. (Dispositivo ainda vigente).

possível que um devedor disponha de uma infinidade de imóveis de seu patrimônio, por exemplo. Mas, enquanto restarem bens suficientes para garantir o cumprimento de suas obrigações, ainda não haverá de se falar em fraude. Apenas quando um determinado ato efetivamente comprometer a “saúde financeira” daquele devedor é que se poderá cogitar de fraude de execução. Assim, embora vários atos tenham sido praticados em paralelo à tramitação da ação em desfavor do devedor, enquanto seu patrimônio for capaz de suportar o adimplemento das obrigações, em tese, não se configuraria a fraude de execução. Os atos anteriores não seriam taxados de fraudulentos – apenas a partir do momento em que se considerar o devedor insolvente⁴¹.

A lei, portanto, reputa em fraude de execução a transmissão da propriedade de bens realizada após a citação do devedor e desde que o ato de disposição patrimonial seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, não encontrando o credor outros bens que possam garantir a satisfação de seu crédito.

Mas a jurisprudência acrescentou um terceiro requisito para a configuração da fraude de execução: a má-fé do terceiro adquirente⁴², presumida no caso de haver averbação dos atos processuais perante o cartório de registro relativo ao bem transacionado.

Já sinalizando que o terceiro adquirente dos bens do devedor precisava de uma proteção maior, com vistas a prestigiar a sua boa-fé, a jurisprudência começou a sinalizar que, de alguma forma, o credor deveria demonstrar uma possível participação desse terceiro na fraude de execução.

Começou-se a sedimentar o posicionamento dos tribunais no sentido de que o credor precisava demonstrar o conluio entre o devedor e o terceiro ou, ao menos, a ciência dele a respeito da demanda que corria contra o devedor/alienante no momento da transação de um determinado bem.

Nesse objetivo, o disposto na Lei 7.433/1985⁴³ poderia ter grande aplicação. A Lei, que dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas, determina em seu

⁴¹ “No caso de vários bens se encontrarem nesta condição, segundo Almeida e Souza a ineficácia atingirá somente as últimas alienações, até a satisfação da dívida” (ASSIS, Araken, ob. cit., p. 280).

⁴² Segundo Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, “para o entendimento dominante, a má-fé do terceiro corresponderia à sua efetiva ciência da ação pendente. Já para nossa hipótese, tal má-fé decorreria da existência de razão para que esse terceiro soubesse da pendência da ação” (AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraude de execução*. Coleção Atlas de Processo Civil / coordenador Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53).

artigo 1º, § 2º, que “o Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais”. Embora muito tenha se discutido acerca da obrigatoriedade e de quais certidões deveriam ser apresentadas para a lavratura de uma escritura pública, restou entendido que o notário deveria exigir a apresentação das certidões dos distribuidores judiciais para a lavratura de escrituras relativas à alienação ou oneração de bens imóveis. Ficava a cargo das partes dispensar a sua apresentação, assumindo o risco decorrente.

A respeito, destaca-se a Decisão da ECGJSP sobre a Lei 7.433/85, datada de 16.01.1986, de Relatoria do Des. Sylvio do Amaral⁴⁴. No mesmo sentido seguiram o Processo CG nº 204/2007, de 17.04.2007⁴⁵, o Comunicado CG nº 465/2007, de 07.05.2007⁴⁶ e a Orientação da CNB-SP, de 08.05.2007⁴⁷.

Instituiu-se, portanto, a obrigatoriedade de apresentação das certidões dos distribuidores judiciais para a lavratura da escritura pública de venda e compra de imóveis. Isso quer dizer que, na prática, o terceiro adquirente teria, necessariamente, de ter acesso às certidões do imóvel, onde poderia verificar a situação do imóvel e a existência de

⁴³ Posteriormente alterada pela Lei 13.097/2015.

⁴⁴ Do parecer, destaca-se: “Mesmo se o outorgante afirmar a existência de ações poderá o outorgado dispensá-lo da exibição das certidões, assumindo, então, o risco pelos eventos futuros. Não se comprehende seja cerceada a liberdade individual em prol da segurança negociar. Seria a defesa de um valor, em detrimento de outro mais relevante. Se a pessoa capaz prefere arrostar as consequências de sua conduta incauta, o ordenamento jurídico não estará a criar-lhe obstáculo. O sistema legal não pode ser encarado de maneira a entravar os negócios, em prejuízo da própria economia nacional. Em conclusão, caso o outorgado dispense a apresentação das certidões relativas a feitos em trâmite, relativas ao imóvel, basta sua declaração expressa no corpo do ato para atendimento à determinação legal”.

⁴⁵ “comunicado endereçado aos notários e registradores do Estado de São Paulo, no tocante à necessidade de serem exigidas certidões dos distribuidores judiciais para a lavratura de escrituras relativas à alienação ou oneração de bens imóveis, à luz do disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 7.433/1985, não derrogado pela Lei nº 11.382/2006”.

⁴⁶ “A CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA COMUNICA, para conhecimento dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo, a necessidade de serem exigidas certidões dos distribuidores judiciais para a lavratura de escrituras relativas à alienação ou oneração de bens imóveis, à luz do disposto no artigo 1º, § 2º, da Lei nº 7.433/1985, não derrogado pela Lei nº 11.382/2006”.

⁴⁷ “1. Tendo acesso ao inteiro teor do parecer exarado no referido Processo 204/2007, ficou evidente que NADA MUDOU em relação ao procedimento dos notários. 2. O processo em epígrafe refere-se apenas à interpretação da lei 11.382/2006, confrontada com a Lei 7.433/85, ou seja, as informações constantes das matrículas dos imóveis sobre eventuais execuções não dispensam as partes de pedir as certidões dos distribuidores judiciais. 3. Entretanto, continua plenamente válido o entendimento constante do Parecer datado de 16/01/86, publicado no D.O.E. de 17/01/1986, do Corregedor Geral da Justiça da época, Desembargador Sylvio do Amaral, que preconiza: ‘Em conclusão, caso o outorgado dispense a apresentação das certidões relativas a feitos em trâmite, relativas ao imóvel, basta sua declaração expressa no corpo do ato para atendimento à determinação legal’.”

qualquer apontamento que recaísse sobre ele. Além disso, ao serem apresentadas as certidões de distribuidores judiciais, ficaria consignada a existência de demanda ajuizada em desfavor do vendedor.

Embora o devedor não houvesse sido citado para se defender em determinada demanda movida em seu desfavor, ao se ver obrigado a apresentar as certidões dos distribuidores judiciais, indiretamente, tanto o devedor quanto o terceiro adquirente passariam a ter ciência inequívoca de sua tramitação. Ficaria superada a exigência de sua citação e configurada estaria a ciência do comprador, ainda que este viesse a dispensar sua respectiva apresentação – assumindo este o risco decorrente.

Na prática, todavia, essa presunção de ciência do terceiro adquirente nunca foi fortemente defendida pela doutrina ou pela jurisprudência⁴⁸.

Mas, mesmo que se presumisse a ciência do terceiro adquirente, a situação ainda não estava totalmente resolvida. As certidões exigidas diziam respeito às ações distribuídas no foro da situação do bem alienado. Casos havia em que a demanda era ajuizada em desfavor do vendedor em outra comarca, em outro estado, e não aparecia nas certidões apresentadas⁴⁹ – nem havia qualquer informação na matrícula do bem alienado.

Acompanhando a evolução do entendimento do instituto de fraude de execução, a Lei 8.953/1993 instituiu o parágrafo 4º ao artigo 659⁵⁰. Com a redação aprimorada pela Lei 10.444/2002, que ainda incluiu o parágrafo 5º àquele artigo⁵¹, bem como pela Lei

⁴⁸ Como bem observa Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, a situação é, de certa forma, confortável para o terceiro adquirente pois, exigir-lhe a efetiva ciência da demanda em curso (ou sua demonstração), equivaleria a afirmar que sua falta de diligência o beneficiaria, bastando “que o terceiro se abstivesse de qualquer diligência em pesquisar a existência de ações pendentes envolvendo o devedor, provando que adquiriu o bem na mais absoluta ignorância, para que restasse configurada sua boa-fé. (...) o terceiro nem mesmo precisaria se incomodar em provar sua ignorância, bastaria alegá-la” (AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraude de execução*, cit., pp. 54/55).

⁴⁹ É possível, também, que a qualificação do devedor não tenha sido apresentada de forma correta pelo autor da demanda, o que poderia ocasionar uma falsa certidão negativa quando, na verdade, o distribuidor judicial apenas não identificou a demanda por divergência de informações.

⁵⁰ § 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro.

⁵¹ § 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no órgão imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.

§ 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário.

11.382/2006, que alterou novamente o disposto no parágrafo 4º e também acrescentou o parágrafo 6º ao artigo 659⁵², a fraude de execução passou a sinalizar que as restrições relativas ao imóvel deveriam ser levadas ao registro público, como forma de dar publicidade a terceiros.

Ao mesmo tempo, a Lei 11.382/2006 acrescentou o artigo 615-A ao Código de Processo Civil⁵³, pelo qual passou a ser possível ao exequente “no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto”.

O credor-exequente passou a dispor de mecanismo efetivo na busca de dar publicidade a terceiros sobre o trâmite de demandas movidas em desfavor do devedor. A ciência do terceiro ficaria mais clara, evidente e inequívoca, na medida em que, interessado em adquirir um bem de propriedade do devedor, acabaria por se deparar com a informação facilmente disponível na própria matrícula do imóvel que pretendia adquirir, por exemplo.

Evoluindo e consolidando este entendimento, em 30.03.2009, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 375, segundo a qual “o reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

⁵² § 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.

§ 6º Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos.

⁵³ Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

(...)

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

A publicidade obtida com o registro do ato constitutivo, portanto, reconheceu a importância do § 4º incluído ao artigo 659, CPC/73⁵⁴, e também fixou o norte para interpretação da fraude de execução nos demais casos.

Mas nos casos em que não havia o registro, a questão permanecia discutível. Ainda era necessário ao credor comprovar a ciência do terceiro ou sua má-fé e algumas incertezas continuavam presentes. Principalmente com relação aos bens não sujeitos a registro.

4. ENTRE A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.097/2015 E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

A boa-fé do terceiro adquirente ganhou novos contornos com a entrada em vigor da Lei 13.097/2015⁵⁵. Elevando o registro das pendências jurídicas a um patamar de extrema importância, a Lei, que ficou conhecida como a “lei da concentração dos atos na matrícula”, passou a reputar eficazes em relação aos atos jurídicos precedentes, os negócios que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel informações relevantes aos terceiros adquirentes.

Dentre inúmeras disposições que em nada se relacionam à fraude de execução⁵⁶, a Lei 13.097/2015 disciplinou “os registros na matrícula do imóvel”, em seus artigos 54 a 62. Têm pertinência ao instituto da fraude de execução o disposto nos artigos 54, 55 e 61.

O texto do artigo 54 dessa Lei, em especial a prescrição contida em seu parágrafo único, parece-nos, impõe que tenha havido o prévio registro da situação jurídica pertinente na matrícula do imóvel para ocorrência da fraude de execução. Com efeito, dispõe o referido artigo 54, cuja importância exige sua transcrição:

⁵⁴ GOMIDE, Alexandre Junqueira, cit., p. 29.

⁵⁵ Há quem afirme que a Lei 13.097/2015 traz disposições inconstitucionais, na medida em que oriunda de Medida Provisória (nº 656/2014), sendo-lhe vedado dispor sobre matéria processual. Nesse sentido, Rodolfo da Costa Amadeo (AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Problemas de direito intertemporal..., cit., p. 441), citando, ainda, Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo e Cassio Scarpinella Bueno.

⁵⁶ A Lei 13.097/2015 dispõe desde a redução de alíquotas de contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, até a devolução de mercadoria.

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

A Lei 13.097/2015 chega a blindar o adquirente de tal maneira que veda a oposição ao terceiro adquirente de situação jurídica não constante da respectiva matrícula do imóvel (parágrafo único), ainda que ocorridas anteriormente ao negócio celebrado entre ele e o devedor (*caput*). Destaca-se, também, que a Lei não faz ressalva nem mesmo quanto à mera ciência do terceiro adquirente, sendo taxativa quanto à necessidade de prévio registro para ter validade.

Para Luiz Antonio Scavone Junior⁵⁷, todavia, a Lei 13.097/2015 anuncia “novidades que não existem”, na medida em que apenas consolidam aquilo “que a jurisprudência construiu e que o sistema já prevê”, ratificando “aquilo que há muito se entende em razão da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça”.

Segundo o referido doutrinador, “a par de o artigo 54 da Lei 13.097/2015 estabelecer a eficácia dos negócios jurídicos imobiliários sem que haja qualquer constrição ou gravame na matrícula, essa presunção, como já decorria do sistema consolidado na Súmula 375 do STJ, é relativa”.

⁵⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário – Teoria e prática*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 739/744.

Ousamos discordar de tal posição. O conteúdo do comando trazido pelo parágrafo único do transscrito artigo 54 não deixa margem de interpretação: “não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula (...) ao terceiro de boa-fé”. A configuração da fraude de execução pressupõe, nos termos desse dispositivo, ter havido o devido registro na matrícula do imóvel transacionado. O substrato fático da fraude de execução, portanto, exige o registro, sem o qual fica reconhecida a boa-fé do terceiro adquirente (art. 54, par. único)⁵⁸. Nesse sentido é o Parecer nº 44, da Comissão Mista sobre a Medida Provisória 656/2014, convertida na Lei 13.097/2015⁵⁹.

É nesse ponto que Luiz Antônio Scavone Júnior se baliza para afirmar que, entender-se pela mudança substancial da regra até então vigente, com a exigência do registro para o reconhecimento da fraude de execução, “representará ferir de morte, tornando letra morta, os institutos da fraude contra credores e fraude à execução”.

Por outro lado, como bem ressaltou o Desembargador Francisco Loureiro⁶⁰, a função e o objetivo da Lei 13.097/2015 é conferir segurança jurídica ao terceiro adquirente de boa-fé, “concentrando na matrícula todas as informações e acontecimentos de interesse dos adquirentes”.

5. APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Durante a tramitação do Projeto de Lei que originou o Código de Processo Civil de 2015, as disposições relativas à fraude de execução oscilaram bastante. De início, o PLS 166/2010 tramitou no Senado com texto que apontava para a necessidade do registro para a configuração da fraude de execução ou da demonstração da má-fé do terceiro

⁵⁸ Nesse sentido, vale destacar o posicionamento de Rodolfo da Costa Amadeo que, ao fazer críticas ao artigo 54, IV, “refere-se à previsão da averbação no registro público como elemento constitutivo da fraude de execução, e não como simples meio de publicidade para promover o conhecimento do processo pelos terceiros adquirentes” (AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Problemas de direito intertemporal..., cit., p. 441).

⁵⁹ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1293518&filename=Tramitacao-ao-PAR+44+MPV65614+%3D%3E+MPV+656/2014. Acesso em 10.06.2016, às 11h00.

⁶⁰ Trecho extraído do acórdão proferido nos autos do AI 2123595-80.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, TJSP, j. 12.08.2015.

adquirente, a exemplo do entendimento que havia sido recentemente sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 375).

Já no texto que tramitou perante a Câmara dos Deputados (PL 8.046/2011), embora houvesse a previsão da necessidade de registro em alguns casos, o inciso IV, do artigo 749, ainda trazia disposição semelhante à contida no CPC/73: hipótese de fraude de execução “quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”. Em termos gerais, o texto era igual ao então vigente. Porém, o parágrafo único daquele artigo acabava por imputar ao adquirente, quando *não* houvesse registro, “o ônus da prova de que adotou as cautelas necessárias para a aquisição”. E ainda previa como deveria o adquirente demonstrar sua boa-fé: “mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem”.

Retornando ao Senado na forma de um Substitutivo, em 2014, novas situações foram acrescidas aos incisos do então artigo 808. Permaneceu a previsão de fraude na hipótese de a ação poder levar o devedor à insolvência, mas a disposição acerca da atribuição do ônus da prova ao terceiro adquirente foi reduzida aos casos em que o bem adquirido *não* fosse sujeito a registro. Interessante notar que o Substitutivo ainda definiu questão muito importante, fixando *a data da citação* da parte cuja personalidade jurídica se pretende desconsiderar como o termo inicial da fraude de execução na transmissão dos bens dos sócios.

Com a aprovação e a sanção do texto final, nos termos do artigo 792, do Código de Processo Civil (antigo artigo 593, CPC/73), hoje considera-se fraude de execução a alienação ou oneração de um bem (I) quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, *desde que* a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público; (II) *quando tiver sido averbada*, no registro do bem, a pendência do processo de execução; (III) *quando tiver sido averbada*, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial, (IV) quando, ao tempo da alienação ou da oneração, *tratava* contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; e (V) nos demais casos expressos em lei”.

Como bem observado por Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo⁶¹, as hipóteses (I), (II) e (III) se alinham à disposição trazida pela Lei 13.097/2015, no que se refere ao prévio registro/averbação perante o registro competente para que possam ser opostas ao terceiro adquirente.

Dúvida surge com relação ao disposto no inciso IV, que versa sobre a capacidade de redução do devedor à insolvência. O dispositivo não impõe o registro/averbação de qualquer situação jurídica no registro competente, mas contempla hipótese de fraude de execução em caso de insolvência. Seria a derrogação da concentração dos atos na matrícula? Deverá o terceiro adquirente, mesmo sem a existência de qualquer registro, perquirir acerca da condição financeira do alienante-devedor? Afinal, se nenhum ato pode ser oponível ao terceiro adquirente se não houver prévio registro na matrícula do imóvel (Lei 13.097/2015, art. 54, § único), como compatibilizar as situações?

A previsão parece mesmo contraditória. Se somente haverá fraude de execução quando houver o registro/averbação da pendência jurídica, como sustentar que, sem a necessidade de registro/averbação, possa ser possível reconhecer a fraude em caso de insolvência do devedor?

Já sinalizando para a divergência, o Senador Mozarildo Cavalcanti apresentou a emenda nº 89⁶² ao Substitutivo enviado pela Câmara dos Deputados, pelo qual sugeriu a alteração do disposto no parágrafo segundo do então artigo 808. Segundo ele, “por uma falha redacional”, o parágrafo segundo daquele artigo faria referência somente aos bens *não sujeitos* a registro quando, na verdade, deveria se referir aos bens *sujeitos* a registro. Acaso acolhida a Emenda nº 89⁶³, o adquirente passaria a ter o ônus de provar a adoção das cautelas necessárias à aquisição do bem do devedor sempre que não houvesse registro anterior, mas criaria um novo conflito com o disposto no parágrafo único do artigo 54, da Lei 13.097/2015.

⁶¹ AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Problemas de direito intertemporal..., cit., p. 439.

⁶² <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=152195&tp=1>. Acesso em 10.06.2016, às 11h.

⁶³ Cuja redação que se pretendia dar ao art. 808, § 2º era: No caso de aquisição de bem sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor”.

Isso demonstra, por si só, a falta de coerência de entendimentos a respeito do tema. Como se vê, às vésperas da aprovação do texto do novo Código, a situação estava completamente indefinida, com posições completamente opostas, como se a referência a um ou outro sistema configurasse “mero equívoco redacional”.

De fato, o ônus que outrora seria atribuído ao terceiro adquirente para comprovação de sua boa-fé (demonstração de que adotou as cautelas necessárias) para todos os casos em que não houvesse registro/averbação na matrícula ficou reduzido aos bens *não sujeitos a registro*, nos termos do parágrafo 3º, do artigo 792. Segundo tal dispositivo, a comprovação da boa-fé do terceiro adquirente passaria pela “exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem” – mas apenas com relação aos bens não sujeitos a registro.

Justamente por isso, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo⁶⁴ já sinalizava que o inciso IV, do artigo 792, CPC/2015, não reforça o disposto no artigo 54, IV, da Lei 13.097/2015. Ao contrário, o excepciona, na medida em que acaba por fazer clara distinção entre o regramento aplicável para os bens sujeitos e não sujeitos a registro: a alienação ou oneração será ineficaz “quando tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência, exceto se tal bem for imóvel, hipótese em que a alienação só será ineficaz se o autor tiver previamente averbado na matrícula do imóvel a existência da ação que pudesse reduzir o devedor à insolvência.

Ou seja, o regramento atual diferencia o tratamento legal da fraude de execução entre os bens passíveis de registro e aqueles não passíveis de registro. Quando couber o registro, não havendo qualquer restrição registrada/averbada, nada poderá ser oposto ao terceiro adquirente. Não sendo passível de registro, caberá ao terceiro adquirente o ônus de demonstrar que agiu com as cautelas necessárias para uma aquisição segura do bem.

Embora, de certa forma, louvável a proteção atribuída ao terceiro adquirente, é também curiosa. A aquisição de um bem imóvel (susceptível ao registro de atos processuais) será considerada de boa-fé com a simples obtenção de sua respectiva matrícula (na qual não constem restrições). A aquisição de um bem teoricamente mais simples ou de menor importância em termos financeiros, ficará sujeita à obtenção de inúmeras certidões que atestem a situação jurídica do vendedor, e possam comprovar a boa-fé do terceiro.

⁶⁴ AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Problemas de direito intertemporal..., cit., p. 439/440.

6. CONCLUSÃO

O instituto da fraude de execução vem ganhando contornos cada vez mais definidos e objetivos. Como se viu, a evolução jurisprudencial e doutrinária caminham para conferir ao terceiro adquirente uma segurança jurídica inimaginável alguns anos atrás.

Exatamente para que não se perca a evolução de conceitos obtida, entendemos por apresentar um breve escorço histórico, com vistas a firmar entendimento sobre como o novo regramento contido no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei 13.097/2015 deve ser interpretado.

Discorrendo sobre o tratamento da fraude de execução no Código de Processo Civil de 1973, passamos pela análise jurisprudencial consolidada pela Súmula 375, do Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, abordando as novidades acrescentadas ao tema pela Lei 13.097/2015, sinalizamos com o surgimento de um novo contexto para as fraudes de execução, principalmente pela vedação da lei à oposição aos terceiros adquirentes de situações jurídicas não levadas ao competente registro.

Por fim, enfrentando o tratamento do Código de Processo Civil de 2015 ao tema, tentamos apontar como interpretar sistematicamente a fraude de execução frente às demais disposições legais existentes.

7. BIBLIOGRAFIA

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraude de execução*. Coleção Atlas de Processo Civil / coordenador Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2012.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *A Relevância do Elemento Subjetivo na Fraude de Execução*. Tese apresentada para obtenção do título de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Problemas de direito intertemporal na nova disciplina da fraude à execução no ordenamento jurídico brasileiro. In: YARSHELL, Flavio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (coords.). *Direito Intertemporal*. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 7; coordenador geral Fredie Didier Jr). Salvador: Juspodivm, 2016.

ARPEN – Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo. Orientação sobre o Comunicado CG 465/07, que versa sobre a necessidade da apresentação de certidões para a lavratura de escrituras de venda e compra no Estado de São Paulo. Disponível em

http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_m_ostrar.cfm&id=5281. Acesso em 5 maio de 2016.

ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 8ª ed. Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. IV, 3ª ed. Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FERREIRA, William Santos. O ônus da prova na fraude à execução. In: MOREIRA, Alberto Camiña e outros (coords.) *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A proteção do terceiro adquirente na fraude de execução e a edição da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Ano 13, n. 25, jan-jul/2010.

LIEBMAN, Enrico Tilio. *Processo de execução*, 5ª ed. com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1986.

LIMA, Alvino. *A fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro de penhora. *Revista de Processo*, v. 98, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Registro de penhora. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 46, agosto, 1995.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Tese apresentada para Concurso de Livre-Docência de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral, Tomo IV, Validade, Nulidade. Anulabilidade. 3^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MOLLICA, Luciano. *Novos contornos para a fraude de execução na alienação de bem imóvel, sob a perspectiva de dinamizar os negócios imobiliários*. Tese apresentada para obtenção do título de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SALAMACHA, José Eli. Fraude contra credores: efeitos da sentença na ação pauliana. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, nº 135, maio 2006.

SALAMACHA, José Eli. A Fraude à Execução no Direito Comparado. *Universo Jurídico*. Juiz de Fora, ano XI, 13 de set. de 2007. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4268/a_fraude_a_execucao_no_direito_comparado. Acesso em: 07 de maio de 2016.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário – Teoria e prática*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SENADO FEDERAL. Emenda 89 ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS n. 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”. Disponível em

<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=152195&tp=1>

SENADO FEDERAL. Notícia sobre a tramitação do CPC. Disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/16/novo-cpc-e-sancionado-pela-presidente-dilma-rousseff>. Acesso em 10.06.2016, às 11h.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de execução. *RT* 609. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-1986.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Fraude contra credores: a natureza da ação pauliana*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 48^a ed., v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2013.