

PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA

DEMÉTRIO IRINEU GRIZOTTO

FRAUDE CONTRA CREDORES

São Paulo – SP

2010

DEMÉTRIO IRINEU GRIZOTTO

FRAUDE CONTRA CREDORES

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* – Especialização em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Doutor Rogério Licastro Torres de Mello

São Paulo – SP

2010

DEMÉTRIO IRINEU GRIZOTTO

FRAUDE CONTRA CREDORES

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* – Especialização em Direito Processual Civil.

Data de aprovação: ____/____/____

Examinadores:

1. Nome: Prof. Dr. Rogério Licastro Torres de Mello (Orientador)

Assinatura: _____

2. Nome: _____

Assinatura: _____

3. Nome: _____

Assinatura: _____

4. Nome: _____

Assinatura: _____

São Paulo – SP
2010

RESUMO

GRIZOTTO, Demétrio Irineu. *Fraude contra credores*. Monografia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2010.

Nos primórdios do direito romano o devedor respondia pelas obrigações com o próprio corpo, na até o advento da Lei *Poetelia Papiria*, que previu a incidência da execução sobre o seu patrimônio. A evolução do direito permite que na atualidade a maioria dos negócios jurídicos tenha como garantia o patrimônio do devedor, em razão de o ordenamento jurídico brasileiro prever o princípio da responsabilidade patrimonial. Para a proteção dos credores, surgiu o instituto da fraude contra credores, que se constata por meio da análise da anterioridade do crédito, do *consilium fraudis* e do *eventus damni*, sendo que hoje em dia a fraude é presumida, por se satisfazer com a constatação do *eventus damni*. O Código Civil disciplina hipóteses que ajudam as partes envolvidas em negócios jurídicos fraudulentos e, independentemente de a fraude contra credores ser instituto de direito material, o Código de Processo Civil também apresenta dispositivos relacionados a ela. A fraude contra credores e a fraude à execução são distinguidas, principalmente, pela primeira ser um instituto de direito material, decretada em ação pauliana, e a segunda um instituto de direito processual, pressupondo a existência de ação na qual poderá ser declarada. A ação pauliana é um mecanismo previsto na legislação para a obtenção da decretação da fraude contra credores, surgiu no direito romano, é ação pessoal, sua finalidade é tornar o negócio fraudulento ineficaz, deve ser proposta no prazo decadencial de quatro anos, a partir do dia em que se realizou o negócio, e os seus efeitos advém da sua finalidade. Em síntese, o objetivo deste trabalho é o estudo do instituto da fraude contra credores, criado para proteção da garantia do credor quirografário, qual seja, todo o patrimônio do devedor responsável pela dívida inadimplida voluntariamente.

Palavras e expressões-chave: fraude – princípio da responsabilidade patrimonial – anterioridade do crédito – *eventus damni* – *consilium fraudis* – ação pauliana – prazo – efeitos.

ABSTRACT

GRIZOTTO, Demétrio Irineu. *Defrauding creditors. Monograph* – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2010.

In the origins of the Roman law the debtor would respond for this obligations with his own body, until the advent of Law *Poetelia Papiria*, which turned the execution towards the debtor's equity. The evolution of the legal system currently allows that most of the business has, as collateral, the debtor's assets, since the Brazilian legal system adopts the patrimonial responsibility. For the protection of creditors, there arose the institution of defrauding creditors, which can be seen through the analysis of prior credit, *consilium fraudis*, and *eventus damni*. Nowadays fraud is suspected, by being satisfied with the finding of the *eventus damni*. The Civil Code disciplines hypotheses that help the parties involved in fraudulent transactions and, regardless of defrauding creditors being an institute of substantive law, the Code of Civil Procedure also has provisions related to it. Defrauding creditors and fraud enforcement are distinguished primarily by the first being an institute of substantive law, enacted in action paulienne, and the second one being a procedural law institute, assuming the existence of actions in which that can be declared. The action paulienne is a mechanism under the law to obtain the enactment of defrauding creditors, arose in Roman law; it is a personal action, its purpose is to make the scam ineffective, should be filed in the statutory limitation period of four years from the day in which the scam fraudulent transaction took place, and its effect comes from its purpose. In summary, the objective of this work is the study of the Institute of defrauding creditors, created to protect the security of the unsecured creditor, that is, all the assets of the debtor respond for the voluntarily defaulted debt.

Key words and phrases: fraud - the principle of financial liability - prior credit - Eventus damni - consilium fraud - action paulienne - period - purpose.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	06
2.	FRAUDE	09
2.1.	HISTÓRIA	09
2.2.	PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL	10
2.3.	DEFINIÇÃO DE FRAUDE EM GERAL	13
2.4.	DEFINIÇÃO DE FRAUDE CONTRA CREDITORES	15
3.	FRAUDE CONTRA CREDITORES	17
3.1.	REQUISITOS	17
3.1.1.	Anterioridade do crédito	18
3.1.2.	<i>Eventus damni</i>	19
3.1.3.	<i>Consilium fraudis</i>	21
3.2.	HIPÓTESES PARTICULARES DE FRAUDE NO CÓDIGO CIVIL	23
3.3.	FRAUDE CONTRA CREDITORES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	28
3.4.	DISTINÇÃO ENTRE FRAUDE CONTRA CREDITORES E FRAUDE À EXECUÇÃO	30
4.	AÇÃO PAULIANA	35
4.1.	HISTÓRIA E DENOMINAÇÃO	35
4.2.	AÇÃO	36
4.3.	PRAZO	38
4.4.	EFEITOS	39
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é o estudo do instituto da fraude contra credores, criado para a proteção da garantia do credor quirografário¹, que, em razão do princípio da responsabilidade patrimonial, compreende todo o patrimônio do devedor responsável pela dívida inadimplida voluntariamente.

Inicia-se o estudo a partir da contextualização histórica do início da responsabilização do devedor pelas dívidas assumidas e não adimplidas voluntariamente, ocorrida nos primórdios do direito romano, quando o devedor impontual era sujeito à vingança do credor e, por isso, tolhido em sua vida e liberdade.

A importância da inserção no ordenamento jurídico brasileiro do princípio da responsabilidade patrimonial é destacada, juntamente com as restrições legais impostas à regra deste princípio, que permitem a proteção de alguns bens do devedor.

Para a perfeita compreensão do instituto da fraude contra credores, apresentam-se as principais definições de fraude em geral e da fraude específica praticada contra credores, elaboradas pela doutrina, ressaltando-se os elementos caracterizadores da fraude inculidos em cada definição.

O objetivo do instituto da fraude contra credores – a proteção do credor por meio da proteção da sua garantia (o patrimônio do devedor) – será apontado e, da mesma forma, os requisitos observados para a sua caracterização.

¹ “quirografário. *adj.* rubrica: termo jurídico. 1 que não goza de preferência com relação aos demais 1.1 não garantido por direito real de garantia ou direito obrigacional (hipoteca, anticrese ou penhor, valores depositados ou guardados) ou que não resulta de despesas realizadas, salários, honorários ou demais obrigações que gozem de preferência atribuída por lei (diz-se de dívida) 1.2 que não goza de preferência em caso de falência ou concordata, sendo pago após todos os demais credores (diz-se de credor)” (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário Houaiss Eletrônico*. Versão monousuário 1.0, junho de 2009. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009)

Referidos requisitos – anterioridade do crédito, *consilium fraudis* e *eventus damni* – serão estudados de maneira aprofundada, analisando-se o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a necessidade de identificação de cada um para a configuração da fraude.

O Código Civil aponta algumas hipóteses particulares de fraude, que serão destacadas e discutidas em capítulo específico do trabalho, demonstrando-se que o princípio geral da fraude contra credores opera de forma ampla desde a vigência do Código Civil de 1916.

Apesar de a fraude contra credores ser um instituto de direito material, verifica-se que o Código de Processo Civil dispõe de preceitos relacionados a este instituto, que serão analisados.

A relação entre os institutos de direito material – fraude contra credores – e processual – fraude à execução – será efetuada de forma a apontar as principais distinções realizadas pela doutrina, com a identificação da defesa de entendimento em sentido da aproximação dos institutos.

O meio processual – ação pauliana – disponibilizado para a proteção do indivíduo vítima de fraude contra credores também será estudado, a partir de breve histórico do seu nascimento e denominação e da análise da ação propriamente dita – prazo para interposição e efeitos.

O estudo dos efeitos da ação pauliana será aprofundado, procurando-se demonstrar a dissonância doutrinária e jurisprudencial, com o apontamento do entendimento predominante, principalmente quanto ao fato de a decretação da fraude resultar na anulação ou na ineficácia do ato fraudulento.

Por fim, as considerações sobre o tema objeto de estudo serão lançadas em capítulo próprio – considerações finais – de forma a relembrar os tópicos estudados e a indicar as possíveis conclusões decorrentes.

2. FRAUDE

2.1. HISTÓRIA

Nos primórdios do direito romano, mais especificadamente no seu período arcaico, que se estendeu da fundação de Roma no século VIII a.C. até o século II a.C., o direito era marcado pelo formalismo, rigidez, solenidade e primitividade.

Este período teve como marco mais importante e principal característica a codificação do direito nas XII Tábuas ou *Lex duodecim tabularum*, realizada em 451 e 450 a.C., posteriormente chamada, já na época de Augusto, de fonte de todo o direito – *fons omnis publici privatiq ue iuris* (CRETELLA JR., 2009).

O Direito, naquela época, era primitivo, como já foi dito, e intimamente ligado as regras religiosas. Em razão disso, a sua codificação, por meio da Lei das XII Tábuas, representava regras costumeiras e, em muitos casos, até cruéis.

A partir destas considerações é possível compreender a razão pela qual o devedor respondia pelas obrigações com o próprio corpo e, na hipótese de impontualidade, era relegado à condição de escravo e sujeitado à vingança do credor. Ou seja, o devedor impontual era tolhido em sua liberdade e vida (MARKY, 1995).

Tal situação – possibilidade de sujeitamento do devedor à execução corporal –, dava-se pelos meios de execução do direito denominados *manus injectio* e *pignoris capio*, que objetivavam “a concretização de situação jurídica já reconhecida pela lei, costume ou por um julgamento” (CRETELLA JR., 2009, p. 297).

Posteriormente, com o surgimento da Lei *Poetelia Papiria*, a incidência da execução passou a recair sobre o patrimônio do devedor – e não mais sobre o seu

corpo –, o que caracterizou a evolução dos meios de execução. Referida lei, segundo Washington (1997, p. 221), levou Tito Lívio a dizer dela ser “a aurora de uma nova liberdade”.

Na atualidade, a maioria dos negócios jurídicos é realizada tendo como garantia, para a satisfação dos créditos, o patrimônio do devedor, que se encontra livre para a prática dos atos acobertados pela capacidade concedida pelo Direito, até que as suas dívidas não superem seus créditos, até o momento em que a sua capacidade de produzir bens e aumentar seu patrimônio seja suficiente para garantir as dívidas, até que o seu patrimônio não seja desfalcado ou comprometido ao ponto de prejudicar os credores.

No entanto, se as dívidas do devedor superarem os seus créditos ou a sua capacidade de produzir bens e aumentar seu patrimônio se tornar insuficiente para garantir as dívidas ou, ainda, se o seu patrimônio for desfalcado ou comprometido ao ponto de prejudicar credores, a lei permitirá a invalidação dos atos objeto de fraude e, por conseguinte, o patrimônio do devedor será recomposto (WASHINGTON, 1997).

Importa destacar, neste ponto, que caso ocorra uma das hipóteses mencionadas no parágrafo anterior, a doutrina defende que os atos do devedor se tornam suspeitos e passíveis de ser declarados ineficazes, caracterizando-se a Fraude, que é o mais grave ato ilícito, passível de ser combatido por meio da ação pauliana.

2.2. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

O artigo 591 do Código de Processo Civil em vigor apresenta o princípio da responsabilidade patrimonial, vigente em nosso ordenamento jurídico, segundo o

qual todo o patrimônio do devedor responde pela dívida, na hipótese de inadimplemento voluntário, independentemente dos bens ou direitos integrarem o patrimônio do devedor em data anterior ou posterior à aquisição da dívida, e garante ao credor o cumprimento da obrigação por meio da proteção Estatal.

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 (BRASIL. Lei n° 5.896, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973).

Desta forma, a doutrina defende que, *in verbis*:

O não cumprimento espontâneo da obrigação assumida pelo devedor permite o ajuizamento da ação de execução, que tem a finalidade de fazer com que o credor obtenha a satisfação de seu crédito, exigindo do Estado que retire do patrimônio do devedor tantos bens quantos bastem à satisfação do referido crédito. Enquanto não ocorrer inadimplemento, não há que se falar em sujeição dos bens do obrigado para com o credor, eis que não existe a execução para tanto, ou seja, até que exista inadimplemento, o patrimônio do obrigado estará a salvo da investida do credor. (SALAMACHA, 2006)

Há, no entanto, algumas restrições legais à regra geral do princípio da responsabilidade patrimonial, que permitem a proteção de alguns bens do devedor, como, por exemplo, os bens considerados absolutamente impenhoráveis e os considerados relativamente penhoráveis² – artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil em vigor.³

² A impenhorabilidade absoluta resulta na impossibilidade de se penhorar determinado bem “estritamente necessário à sobrevivência do executado, e de sua família, e à sua dignidade” e a impenhorabilidade relativa resulta na possibilidade de se penhorar determinado bem considerado impenhorável, em situações predeterminadas e configurados certos requisitos (ASSIS, 2009, p. 245 – 249).

³ “Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

Portanto, caso haja restrição ao princípio da responsabilidade patrimonial, configurado o inadimplemento voluntário, parte do patrimônio do devedor não responderá pela dívida.

Noutros casos, os bens que garantem o cumprimento da obrigação, por força do princípio da responsabilidade patrimonial, podem ser subtraídos do patrimônio do devedor, por este mesmo, com o objetivo de causar prejuízo ao credor, ou seja, de forma fraudulenta.

Para estes casos, o nosso ordenamento jurídico disciplinou a proteção ao credor por meio dos institutos da fraude contra credores, previsto no Código Civil, artigos 158 a 165⁴, e da fraude à execução, previsto no Código de Processo Civil em vigor, artigos 592 e 593.⁵

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.

§ 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.

§ 3º (VETADO).

Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia.

Parágrafo único. (VETADO)”

⁴ “Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Art. 160. Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados.

Parágrafo único. Se inferior, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o preço que lhes corresponda ao valor real.

Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

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

O instituto da fraude contra credores é de direito material e viabiliza a desconstituição dos atos praticados pelo devedor após ter contraído a dívida, já o instituto da fraude à execução é de direito processual e configura-se a partir da existência de um processo judicial.

Apesar de um instituto ser de direito material e o outro de direito processual, Salamacha (2006) entende que “a fraude contra credores e a fraude à execução estão estreitamente ligadas, pois, aliás, têm a mesma origem histórica, e para que se possa entender uma, faz-se necessário estudar também a outra”.

2.3. DEFINIÇÃO DE FRAUDE EM GERAL

Tanto a definição geral de fraude como a específica, neste caso, a de fraude contra credores, é realizada de forma diferenciada pela doutrina, em razão da dificuldade de se inserir no seu conceito as características peculiares do instituto.

Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores.

Parágrafo único. Se esses negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002)”

⁵ “Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução de sentença proferida em ação fundada em direito real;

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;

II - do sócio, nos termos da lei;

III - do devedor, quando em poder de terceiros;

IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;

V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.

Art. 593. 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.”

Por esta razão, a inserção, neste trabalho, das definições de fraude em geral e fraude contra credores são necessárias, auxiliando na compreensão e discussão do tema.

Venosa (2006, p. 457) não necessariamente define a Fraude em geral, mas indica a compreensão que entende melhor, qual seja, “a de todo artifício malicioso que uma pessoa emprega com intenção de transgredir o Direito ou prejudicar interesses de terceiros”.

Lima (1965, p. 29) a define da seguinte forma: “A fraude decorre sempre da prática de atos legais, em si mesmos, mas com a finalidade ilícita de prejudicar terceiros, ou, pelo menos, frustrar a aplicação de determinada regra jurídica”.

Por sua vez, Rodrigues (2003) leciona que quando o devedor, insolvente ou na iminência de assim se tornar, pratica atos passíveis de reduzir o seu patrimônio, o que resultaria na diminuição da garantia do credor, resta configurada a fraude contra credores.

Por fim, Monteiro (1997, p. 222) conceitua a fraude, em sentido amplo, “como o artifício malicioso empregado para prejudicar a terceiros”.

Aqui importa salientar que inexistente unanimidade doutrinária acerca da necessidade do dano como elemento essencial ao instituto, mas ressalva-se que a existência de prejuízo faz-se necessária para que o lesado tenha interesse de agir.⁶

Assim, a partir destas definições é possível observar, num conceito amplo, que a fraude a terceiro também é forma de fraude à lei, mas não integra o conceito

⁶ “O interesse de agir, neste sentido, representa a necessidade de requerer, ao Estado-juiz, a prestação da tutela jurisdicional com vistas à obtenção de uma posição de *vantagem* (a doutrina costuma se referir a esta vantagem como *utilidade*) que, de outro modo, não seria possível alcançar. O interesse de agir, portanto, toma como base o binômio “necessidade” e “utilidade”. *Necessidade* da atuação jurisdicional em prol da obtenção de uma dada *utilidade*” (SCARPINELLA BUENO, 2008, p. 366)

de fraude ofensa flagrante à norma, porque a fraude caracteriza-se com a ilusão da lei.⁷

2.4. DEFINIÇÃO DE FRAUDE CONTRA CREDORES

Nery Jr. e Nery (2006, p. 849) definem a fraude contra credores da seguinte forma, *in verbis*:

É vício social do negócio jurídico. A fraude pauliana ocorre quando houver ato de liberalidade, alienação ou oneração de bens ou direitos, capaz de levar o devedor à insolvência, desde que: a) o credor seja quirografário; b) o crédito seja anterior ao ato de alienação ou oneração (anterioridade do crédito); c) tenha havido dano ao direito do credor (*eventus damni*); d) que o ato de alienação ou oneração tenha levado o devedor à insolvência.

Pereira (2000, p. 466), considera fraude contra credores:

toda diminuição maliciosa levada a efeito pelo devedor, com o propósito de defalcicar aquela garantia, em detrimento dos direitos creditórios alheios. Não constitui fraude, portanto, o fato em si de reduzir o devedor seu ativo patrimonial, seja pela alienação de um bem, seja pela constituição de garantia em benefício de certo credor, seja pela solução de débito preexistente. O devedor, pelo fato de o ser, não perde a liberdade de disposição de seus bens. O que se caracteriza como defeito, e sofre a repressão da ordem legal, é a diminuição maliciosa do patrimônio, empreendida pelo devedor com ânimo de prejudicar os demais credores ou com a consciência de causar dano.

Venosa (2006, p.460), agora, definindo especificamente o instituto da fraude contra credores, destaca que é “fraude contra credores qualquer ato praticado pelo devedor já insolvente ou por esse ato levado à insolvência com prejuízo de seus credores”.

As definições ora transcritas parecem resolver a questão, pois, bastariam para auxiliar o operador do direito na identificação da fraude no caso concreto, no entanto, conforme se verificará adiante, o tema não é tão simples assim quando debatido num caso concreto, principalmente, no que tange à caracterização da fraude.

⁷ Ou seja: “por via indireta, sem que ocorra forma ostensiva... orientando-se em direção à finalidade do ato ou negócio jurídico”, pois, geralmente, “o objeto e as condições do ato ou negócio são perfeitos. A causa final do ato é que apresenta vício.” (VENOSA, 2006. p. 459)

Com o olhar a partir do que leciona a doutrina, e apenas com o objetivo de destacar os elementos que auxiliariam a constatação da fraude contra credores, extraídos das definições doutrinárias supracitadas, iniciadas no tópico anterior – definição de fraude em geral –, a fraude estaria caracterizada se constatados os seguintes elementos:

- Lima (1965): atos ilegais + finalidade ilícita + prejuízo de terceiros ou frustração da aplicação da lei.
- Rodrigues (2003): devedor insolvente ou na iminência de assim se tornar + pratica de atos passíveis de reduzir o patrimônio do devedor + diminuição da garantia creditícia.
- Monteiro (1997): artifício malicioso + prejuízo de terceiros.
- Nery Jr. e Nery (2006): atos de liberalidade, alienação ou oneração de bens ou direitos + devedor insolvente + requisitos (credor quirografário + anterioridade do crédito + *eventus damni* + insolvência)
- Pereira (2000): diminuição patrimonial + intenção de prejudicar credores ou causar dano.
- Venosa (2006): ato praticado pelo devedor já insolvente ou por esse ato levado à insolvência + prejuízo dos credores

Pelo que foi exposto até este ponto, imagina-se que as explicações realizadas já permitem ao leitor a compreensão inicial do tema estudado, que será detalhado a seguir com o objetivo de demonstrar o entendimento doutrinário e jurisprudencial, destacando-se os pontos de maior controvérsia.

3. FRAUDE CONTRA CREDORES

O instituto da fraude contra credores objetiva a proteção do credor e, para tanto, da garantia do crédito. Isso porque não se trata de credor com garantia real, mas sim daquele com garantia do patrimônio do devedor, ou seja, de credor quirografário, cujo crédito não possui qualquer preferência.

Diversas são as formas de o devedor frustrar a garantia – o seu patrimônio –, seja pela alienação dos bens que constituem o seu patrimônio, gratuita ou onerosa, remissão de dívidas, renúncia da herança, concessão de privilégio a determinado credor e por outras diversas formas aptas a reduzir o seu patrimônio, repita-se, a garantia.

Diante disto, o operador do direito deve compreender e observar os requisitos apontados pela doutrina para a caracterização da fraude contra credores, para adotar medidas que objetivem evitar a fraude ou, caso já tenha ocorrido, para vê-la decretada.

3.1. REQUISITOS

Parte da doutrina defende que a configuração da fraude contra credores decorre da anterioridade do crédito, do *consilium fraudis* e do *eventus damni*, requisitos devidamente detalhados adiante.

Também há quem afirme ser o juiz quem melhor observará a ocorrência da fraude e defenda a conceituação do instituto em sentido amplo, “como o artifício malicioso empregado para prejudicar a terceiros”, possuindo um elemento objetivo – *eventus damni* – e outro subjetivo – *consilium fraudis* (MONTEIRO, 1997, p. 222).

Outros consignam que a fraude contra credores é caracterizada independentemente do conhecimento da consequência do ato ou do consenso entre o devedor e o adquirente, *scientia fraudis* e *consilium fraudis*, respectivamente (NERY JR.; NERY, 2006, p. 849).

No entanto, independentemente das lições lembradas, neste trabalho serão estudados todos os requisitos da anterioridade do crédito, do *consilium fraudis* e do *eventus damni*.

3.1.1. Anterioridade do crédito

O artigo 158, parágrafo segundo, do Código Civil em vigor, prevê a necessidade de o crédito preceder o ato fraudulento.⁸ Isso porque aquele que realiza negócio jurídico com pessoa insolvente assim o faz sem garantia, ante a inexistência de patrimônio apto a garantir o crédito.

Por essa razão, o autor da ação pauliana, não tendo se tornado credor em data anterior ao ato fraudulento, não terá legitimidade⁹, eis que esta ação é própria para tutelar direito de crédito existente quando ocorreu a fraude.

Não basta, portanto, que o autor da ação pauliana seja credor, é necessário que o crédito seja anterior ao ato que se pretende tornar ineficaz. Quem realiza negócio com pessoa já insolvente no momento da contratação, não encontra patrimônio que garanta seu crédito, e, portanto, não tem legitimidade para propor a ação pauliana.

⁸ “Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

(...)

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

⁹ “A legitimidade das partes – também legitimidade para a causa, *legitimatío ad causam* ou legitimidade para agir – relaciona-se à identificação daquele que pode pretender ser o titular do bem da vida deduzido em juízo, seja como autor (legitimidade ativa), seja como réu (legitimidade passiva)” (SCARPINELLA BUENO, 2008, p. 363)

Sobre este ponto, importa destacar Enunciados 151 e 292 do Centro de Estudos Judiciários CEJ, citados por Negrão e Gouvêa (2009b, p. 95), em notas ao artigo 158 do Código Civil, que, respectivamente, prescrevem:

Art. 158: 3. Enunciado 151 do CEJ: "O ajuizamento da ação pauliana pelo credor com garantia real (art. 158, § 1º) prescinde de prévio reconhecimento judicial da insuficiência da garantia".

Art. 158: 4. Enunciado 292 do CEJ: "Para os efeitos do art. 158, § 2º, a anterioridade do crédito é determinada pela causa que lhe dá origem, independentemente de seu reconhecimento por decisão judicial".

Entretanto, a doutrina ensina que, em casos excepcionais, é possível afastar o requisito da anterioridade do crédito, como no caso da fraude predeterminada para atingir futuros credores¹⁰. No entanto, neste caso, exige-se do adquirente do bem a intenção de prejudicar, *animus nocendi* – dolo específico.

Desta forma, o teor do artigo 158, parágrafo segundo, do Código Civil, deve ser interpretado observando-se a exceção apontada pela doutrina¹¹ e jurisprudência¹² atuais.

3.1.2. *Eventus damni*

O *eventus damni*, conforme Venosa (2006), é verificado quando o ato for a causa do dano, levando à insolvência ou agravando-a, e, por conseguinte, é elemento da fraude contra credores.

¹⁰ A doutrina exemplifica a fraude predeterminada como sendo "aquela em que o devedor induz em erro o mutuante, preenchendo ficha cadastral aparentemente correta, com indicação de propriedade de diversos bens imóveis, e, logo após, antes da assinatura do contrato e às vésperas de receber o empréstimo, doa seus bens aos filhos, restando insolvente" (SALAMACHA, 2006).

¹¹ "A jurisprudência mais atualizada, contudo, em antecipação meritória, vem reconhecendo que, embora a anterioridade do crédito, relativamente ao ato de alienação impugnado como fraudulento, seja, via de regra, pressuposto de procedência da ação pauliana, 'esse pressuposto, no entanto, é afastável quando ocorre a fraude predeterminada para atingir credores futuros'" (CAHALI, 2002).

¹² "Desta sorte, alienado bem suficiente para garantia da obrigação vencida ainda não exigida em juízo, caracteriza-se a fraude contra credores a exigir ação pauliana apta a reconstituir o patrimônio passível de constrição" (STJ-1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, REsp n. 331.331/SP, in DJU 08.04.2002, p. 136, j. em 12.03.2002)

De forma mais detalhada, Monteiro (1997, p. 222) define o *eventus damni* como:

todo ato prejudicial ao credor, por tornar o devedor insolvente, ou por ter sido praticado em estado de insolvência. No primeiro caso, entre o ato do devedor e a insolvência deste, deve estar entremeado, evidente, o nexo causal, a relação de causa e efeito.

Portanto, a partir destas lições é possível afirmar que o dano, aqui entendido como prejuízo decorrente do ato fraudulento do devedor, é o elemento objetivo da fraude contra credores¹³.

Dinamarco (2000) destaca que, afora as hipóteses dos artigos 158 a 165 do Código Civil, a insolvência do devedor advinda da própria subtração patrimonial – de forma a reduzi-lo a montante inferior às dívidas –, resulta em dano aos credores e, por conseguinte, configura a fraude.

Assim, este raciocínio justifica exigir do autor da ação pauliana prova de que a alienação ou oneração de determinados bens ou direitos reduziu o patrimônio do devedor ao ponto de torná-lo insolvente, desaparecendo a garantia creditícia, causando dano ao credor.

Observe-se que o direito de propriedade do devedor não é limitado, porque se não se tornar insolvente terá a liberdade de dispor dos seus bens e direitos. Já, na hipótese contrária, a liberdade de disposição será afetada, em razão do interesse dos seus credores, pautado na garantia creditícia que detêm.

O credor, por deter crédito quirografário, tem como garantia o patrimônio do devedor. Logo, o esvaziamento, a diminuição ou a oneração deste patrimônio, pelo devedor, de maneira a torná-lo insolvente, representa a disposição de bens ou

¹³ “Execução – Fraude – Alienação do imóvel penhorado posterior ao ajuizamento da ação executiva e respectiva citação – Prova de insolvência – Desnecessidade – Caracterização. A alienação de bem imóvel penhora em momento posterior ao ajuizamento da ação executiva e da citação válida configura fraude à execução, sendo despicienda a prova do *eventus damni*, isto é, da insolvência do devedor em razão da referida transmissão” (2º TACSP – AI 629.299-00/6, 10-4-2000, 2ª Câmara Cível – Rel. Peçanha de Moraes).

direitos que não mais lhe pertencem, contrariando o ordenamento jurídico, em específico, o artigo 591 do Código de Processo Civil em vigor, no qual está inserto o princípio da responsabilidade patrimonial. (RODRIGUES, 2003)

Ante o exposto, conclui-se que a caracterização do dano decorre do efetivo prejuízo do credor, advindo de ato do devedor tido como fraudulento, que levou ao comprometimento da garantia do credor e, por conseguinte à frustração do recebimento do seu crédito.

Por fim, quanto ao requisito *eventus damni* na ação pauliana, importa destacar ser imprescindível a sua caracterização para a existência de interesse para a propositura da referida ação, questão sobre a qual não fora identificada dissonância doutrinária.

3.1.3. *Consilium fraudis*

O terceiro requisito para caracterização da fraude contra credores é o *consilium fraudis* – intenção fraudulenta –, que é elemento subjetivo da fraude contra credores. No entanto, este requisito, ao contrário do que parece, não exige a intenção de prejudicar – *animus nocendi* –, mas sim o conhecimento do dano decorrente da realização do ato.

Significa dizer que é irrelevante aferir o *animus nocendi* do devedor. Basta, portanto, a constatação do *consilium fraudis*, ou seja, que o devedor conheça o seu estado de insolvência e os reflexos negativos do ato praticado para os credores.

O *animus nocendi* também não é exigido do terceiro participante do negócio jurídico – *particeps fraudis* –, que apenas deveria conhecer ou ter o dever de conhecer a situação de insolvência do devedor e as consequências negativas do ato praticado por este aos credores.

Observa-se que o artigo 158 do Código Civil não exige o *consilium fraudis* para a caracterização da fraude contra credores na hipótese de realização de negócio jurídico a título gratuito e de remissão de dívida, se o devedor já insolvente ou, por eles, reduzido à insolvência, presumindo-se a má-fé do beneficiado.¹⁴

No entanto, a respeito dos negócios jurídicos onerosos do devedor insolvente, o artigo 159 do Código Civil exige a notoriedade da insolvência do devedor ou motivo para ser conhecida do outro contratante, o que será objeto de prova na ação pauliana (VENOSA, 2006).

Sobre este ponto, Salamacha (2006) leciona que:

o Código Civil brasileiro procura reprimir a fraude contra credores, principalmente, nos negócios jurídicos de transmissão gratuita ou onerosa de bens, ou quando ocorre remissão ou pagamento antecipado de dívidas, ou, ainda, quando há constituição de direitos de preferência a um ou alguns dos credores quirografários.

Nessas hipóteses, ora o autor da ação pauliana deve demonstrar que o terceiro adquirente ou beneficiado conhecia a situação de insolvência do devedor, ora a lei presume a existência do *consilium fraudis*, dispensando-se a prova de que o terceiro tinha ciência da insolvência. No entanto, excepcionalmente, a lei atribui presunção de boa-fé, e, portanto, considera válidos os negócios ordinários realizados pelo devedor, mesmo que insolvente, desde que indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, industrial ou à subsistência do devedor e de sua família (art. 164 do CC).

Merece ser lembrado que o combate à fraude constatada nos negócios jurídicos relacionados à transmissão gratuita de bens, remissão de dívida, contratos

¹⁴ “*Consilium fraudis* – Transferência de imóvel de filho para pai – Contrato de arrendamento celebrado antes da transferência – Distrato prevendo pagamento da dívida, vencido no mesmo dia do registro da escritura pública de compra e venda do imóvel – Notificação expedida no dia seguinte ao vencimento das obrigações previstas no distrato – Descumprimento das obrigações assumidas, no prazo concedido – Ajuizamento de ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos e reintegração de posse – Redução dos devedores ao estado de insolvência – Negócio entre familiares – Presunção de o pai conhecer o estado de insolvência do filho e da nora, os devedores – *Consilium Faudis* evidente – Caracterização de defeito do ato jurídico – Aplicação do artigo 106/147, II, ambos do Código Civil – Hipótese de declaração de ineficácia do ato, com relação ao credor, e, não, de anulação – Averbação no Registro Imobiliário, com base no artigo 167, II, n° 12, da Lei 6.015/73 – Cerceamento de defesa não configurado – Ação julgada procedente – Recurso não provido, com recomendação” (TJSP – Ap. Cível 79.716-4, 15-9-99, 8ª Câmara de Direito Privado – Rel. Zélia Maria Antunes Alves).

onerosos, pagamento antecipado de dívidas, outorga de direitos preferenciais, já era realizado pelo Código Civil de 1916¹⁵.

Desta forma, em razão do que dispunha o artigo 106 do Código Civil de 1916, Monteiro (1997)¹⁶ já sustentava o entendimento de ser desnecessária a verificação de que o devedor tenha tido a intenção de prejudicar credores:

Art. 106. Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos.

No entanto, destaca-se que a nova redação dada a este dispositivo pelo legislador do Código atual acrescentou que o estado de insolvência preexistente ao ato ou decorrente deste possibilita a sua anulação, independentemente de o devedor ter conhecimento deste estado:

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos (BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002). (g. n.)

Em razão do que fora exposto, verifica-se que a teoria da fraude contra credores passou a ser simplificada, em razão de o direito atual se satisfazer com o *eventus damni*, presumindo a fraude, ao contrário do direito romano que exigia a comprovação da intenção de prejudicar para conceder a ação revocatória.

3.2. HIPÓTESES PARTICULARES DE FRAUDE NO CÓDIGO CIVIL

¹⁵ BRASIL. Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 05 jan. 1916.

¹⁶ Para Monteiro (1997, p. 222), o *consilium fraudis* representa “a má-fé, o intuito malicioso de prejudicar. Pode advir do devedor, isoladamente, como na renúncia de herança, ou do devedor aliado a terceiro, como na venda fraudulenta”.

Referido doutrinador também concorda que o *animus nocendi* não é característica do *consilium fraudis*, não se pressupondo, portanto, que o devedor tem a intenção deliberada de prejudicar credores, porque é suficiente a consciência do devedor de que o ato praticado causará prejuízos.

O objetivo deste tópico é descortinar os dispositivos do Código Civil que preveem hipóteses auxiliadoras das partes envolvidas em negócios jurídicos em que há fraude ou possibilidade desta ocorrer.

Na hipótese de o adquirente de um determinado bem identificar que o devedor é insolvente, ou se tornará insolvente, e ainda não tenha pagado o preço, o artigo 160 e seu parágrafo único do Código Civil preveem:

Art. 160. Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados.
Parágrafo único. Se inferior, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o preço que lhes corresponda ao valor real.

Dos referidos dispositivos extraem-se os requisitos que deverão ser observados pelo adquirente para evitar a anulação do ato, quais sejam, não ter pagado o preço, o preço ser aproximadamente o corrente, depositar o preço em juízo ou em estabelecimento bancário, sendo esta última hipótese sugerida por Negrão (2009a).

Para a realização de depósito em juízo, o meio processual adequado é a ação de consignação em pagamento, que permitirá a discussão sobre ser ou não real o preço, ou seja, se se trata ou não de preço corrente de mercado. Caso o preço do negócio seja inferior, o parágrafo único do artigo 160 do Código Civil prevê a possibilidade de se depositar o preço que corresponda ao valor real dos bens.

Em razão desta previsão, segundo Venosa (2006), verifica-se que na hipótese de a perícia apontar o preço justo e esse for inferior ao valor depositado, permitir-se-á ao adquirente complementar o justo preço.

Merece destaque, neste caso, a hipótese lembrada por Carvalho Santos, retratada por Venosa (2006, p. 468):

(...) de o adquirente pagar preço correspondente à aquisição e o devedor decidir não dar prejuízo a seus credores e, por isso, resolve ele depositar o preço, com fundamento no art. 160 (antigo, art. 108.). Conclui o autor que,

apesar de o Código não prever a hipótese, não há razão para proibir tal iniciativa, não existindo substrato para que se anule o ato: o próprio devedor requererá o depósito do preço corrente e promoverá a citação de todos os seus credores. Não existindo, destarte, dano, não podem os credores recorrer à ação pauliana. Tanto faz ao credor que a coisa em espécie fique à disposição de seu crédito ou, melhor ainda, o equivalente em dinheiro.

O artigo 162 do Código Civil, por sua vez, prevê hipótese em que a fraude ocorrerá se o pagamento for antecipado a credor quirografário por devedor insolvente, sabendo, o credor, desta insolvência:

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

O dispositivo transcrito corresponde integralmente com o que dispunha artigo 110 do Código Civil de 1916. Diniz (1999, p. 130), ao analisá-lo, enquanto ainda vigorava, destacou o seguinte efeito do pagamento indevido a credor quirografário:

O credor que vier a receber pagamento de dívida ainda não vencida será obrigado a devolver o que recebeu, mas essa devolução não apenas aproveitará aos que o acionaram, pois reverterá em benefício do acervo do devedor, que deverá ser partilhado entre todos os credores que legalmente estiverem habilitados no concurso creditório.

No que diz respeito ao pagamento antecipado feito ao credor privilegiado, leciona Venosa (2006) que, na hipótese de ser efetivado em montante superior ao valor do bem dado em garantia, também ocasionará dano aos credores, porque o valor que superar o valor do bem deve ser considerado pagamento a credor quirografário e, portanto, anulável.

Venosa (2006) destaca, ainda, a possibilidade de ocorrer a fraude na dação em pagamento, inclusive na hipótese de dívida vencida, se o bem dado em pagamento superar a dívida, tendo o credor ciência da insolvência, vez que haverá excesso que prejudicará os credores, admitindo-se, nesta hipótese, a propositura da ação pauliana.

Portanto, a procedência da ação pauliana intentada com fundamento no artigo 162 do Código Civil deve levar o credor beneficiado a repor o que recebeu em

fraude ao acervo de bens, e não ao autor da ação pauliana, hipótese que reforça o entendimento de que se trata de ineficácia e não de anulabilidade do ato, predominante na doutrina e jurisprudência, como se destacará adiante.

Prevê o artigo 163 do Código Civil:

Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

Sobre o que dispõe o artigo transcrito, Venosa (2006, p. 469) leciona:

O art. 823 do Código de 1916 tratava de caso de nulidade de hipoteca se feita nos 40 dias anteriores à quebra. Também é caso de presunção de fraude. O dispositivo do art. 111 do Código antigo e art. 163 do atual, porém, tratam de ato anulável e não nulo, não estando tal anulabilidade presa aos 40 dias mencionados pelo referido art. 823.

Ora, o objetivo da ação pauliana com fundamento nesta hipótese é clara: anular as garantias dadas. Trata-se de hipótese que não exige o prévio conhecimento do credor do estado de insolvência do devedor, por se tratar de presunção absoluta, tampouco a dívida estar vencida.

O artigo 164 do Código civil retrata a possibilidade de o devedor continuar produzindo, por ser o seu meio de subsistência e o de garantia dos credores:

Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

Neste caso, Venosa (2006. p. 469) afirma que cabe ao juiz averiguar se “os negócios praticados eram essenciais à manutenção do patrimônio do devedor e se podiam ser classificados como atividade ordinária de seu comércio”, por meio de realização de prova pericial.

O capítulo IV, título I, livro V, do Código Civil, que dispõe sobre aceitação e renúncia da herança, encerra-se com o disposto no artigo 1.813, que prevê a de hipótese de renúncia de direito adquirido, em razão do princípio da *saisine*, pois o herdeiro prejudica seus credores:

Art. 1.813. Quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante.

Neste caso, necessário provar a insolvência e desnecessário provar a intenção de fraudar.

Importante é o destaque realizado por Monteiro (1997, p. 220), no sentido de que:

o princípio da aceitação por parte dos credores é exclusivo da herança, não se aplicando às doações e aos legados sob o fundamento de que nesses casos o repúdio ao benefício pode ocorrer por motivos de ordem moral.

No entanto, Lima (1965) defende opinião contrária à de Monteiro (1997), sustentando que a renúncia a legado em fraude a credores, pelo legatário, é objeto de revogação.

Venosa (2006, p. 470-471), sustenta que, na hipótese trazida por este artigo, deveria ser aplicado o princípio “pelo qual ninguém deve aceitar benefício contra a vontade (*invito beneficium non datur*)”, e desempata, ao concordar com o posicionamento defendido por Monteiro (1997), defendendo que a renúncia ao legado pode decorrer de razão moral.

Por fim, Venosa (2006) conclui que a caracterização da fraude contra credores, na hipótese de não aceitação do legado, pressupõe o não atendimento da vontade do testador, pois este, presumivelmente, não praticaria o benefício se soubesse da intenção de o legatário recusar ou não puder aceitar o legado, caso estivesse em insolvência, raciocínio que seria idêntico na hipótese de doação.

Outro mecanismo de auxílio aos credores está contido no artigo 193¹⁷ do Código Civil, que permite a qualquer interessado alegar a prescrição em qualquer grau de jurisdição.¹⁸

¹⁷ “Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.”

A hipótese deste dispositivo é alargada pelo preceito contido no artigo 203¹⁹ do Código Civil, que prescreve, para a hipótese de inexistência de demanda judicial, a possibilidade de interrupção da prescrição por qualquer interessado.

Desta forma, na hipótese de inércia do devedor, ao credor é possível alegá-la, judicialmente, e interrompê-la, extrajudicialmente. Em ambos os casos o credor figuraria no processo judicial por meio do instituto da assistência²⁰.

A partir da análise, neste tópico, dos artigos transcritos acima, foi possível verificar que o princípio geral da fraude contra credores opera de forma ampla, desde a vigência do Código Civil anterior, que previa a “possibilidade de os credores se oporem à separação do dote, quando fraudulenta (art. 308); de poderem impugnar o abandono gratuito do prédio aforado pelo enfiteuta (art. 691); e a de não ser válida a desistência de ação pelo devedor se a ela se opuser o credor com penhora nos direitos do autor” (VENOSA, 2006, p. 471)

3.3. FRAUDE CONTRA CREDORES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A legislação processual civil possui diversos preceitos legais relacionados à fraude contra credores, como o artigo 332 do Código de Processo Civil, que viabiliza a realização da prova da fraude por todos os meios legais e moralmente legítimos:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

¹⁸ “Na execução de sentença, porém, só pode ser alegada prescrição superveniente a esta (CPC 475-L - VI e 741 - VI)” (NEGRÃO, 2009, p. 115)

¹⁹ “Art. 203. A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.”

²⁰ Assistência é uma das modalidades de intervenção de terceiros no processo. “*Terceiras pessoas* podem, pois, em razão do interesse que tenham na causa *entre duas outras*, nela intervir. Não são essas *terceiras pessoas* sujeitos da relação jurídica deduzida em juízo pelas partes, mas de relação jurídica outra que àquela se prende, de modo que a decisão de uma influirá sobre outra. Também não são essas *terceiras pessoas partes* na relação processual originária, na qual intervêm por *provocação* de uma delas, em certos casos, e, noutros *voluntariamente*. *Terceiros*, pois, são *personas estranhas* à relação de direito material deduzida em juízo e *estranhas* à relação processual já constituída, mas que, sujeitos de uma relação de direito material que àquela se liga intimamente, intervêm no processo sobre a mesma relação, a fim de defender interesse próprio.” (SANTOS, 2000, p. 18)

Independentemente da previsão do artigo transcrito acima, a legislação processual vai além e prevê, no artigo 404, inciso II, do mesmo diploma legal, a licitude da produção da prova testemunhal, pela parte inocente, nos contratos em geral, dos vícios do consentimento:

Art. 404. É lícito à parte inocente provar com testemunhas:
 (...)

 II – nos contratos em geral, os vícios do consentimento.

Washington (1997) sustenta a possibilidade de proclamação da fraude contra credores independentemente da ação revocatória, em razão do disposto no *caput* do artigo 768, *in fine*, do Código de Processo Civil, para o concurso de credores:

Art. 768. Findo o prazo, a que se refere o n. II do art. 761, o escrivão, dentro de 5 (cinco) dias, ordenará todas as declarações, autuando cada uma com o seu respectivo título. Em seguida intimará, por edital, todos os credores para, no prazo de 20 (vinte) dias, que lhes é comum, alegarem as suas preferências, bem como a nulidade, simulação, fraude, ou falsidade de dívidas e contratos. (g. n.)

Importa lembrar do procedimento cautelar específico denominado *arresto*²¹, também previsto no Código de Processo Civil, que, diante do disposto no artigo 813, inciso II, alínea *b*, e inciso III, viabiliza a proteção de bem jurídico passível de vir a garantir execução futura:

Art. 813. O *arresto* tem lugar:
 (...)

 II – quando o devedor, que tem domicílio:
 (...)

 b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;
 III – quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembaraçados, equivalentes às dívidas.

²¹ “O *arresto* é a apreensão cautelar de bens com a finalidade de garantir uma futura execução por quantia. Daí, quanto ao procedimento e extensão, serem aplicáveis as disposições relativas à penhora, que é a medida executiva de apreensão de bens. São *arrestáveis* os bens *penhoráveis*; serão *arrestados* tantos bens quantos bastem para a garantia da futura execução; pode haver ampliação ou redução do *arresto*; dele é lavrado um auto, nomeando-se depositário para a guarda dos bens” (GRECO FILHO, 2008b, p. 189).

São estes, portanto, os dispositivos da legislação processual civil brasileira merecedores de destaque neste trabalho, que possuem relação com a fraude contra credores, instituto de direito material, cuja distinção da fraude à execução, instituto de direito processual, será realizada no tópico seguinte.

3.4. DISTINÇÃO ENTRE FRAUDE CONTRA CREDITORES E FRAUDE À EXECUÇÃO

A fraude à execução é incidente processual que recebe regulamentação pelo direito público, pressupõe ação em andamento e o ato fraudulento ocorre para frustrar a execução. A ocorrência da fraude à execução torna o ato nulo e permite que os bens do executado continuem a responder pelas dívidas, mas apenas aproveita o exequente, segundo Monteiro (1997).

Para o mesmo doutrinador, a fraude contra credores é defeito dos atos jurídicos, regida pelo direito privado, e o seu reconhecimento não depende de preexistir demanda ao ato fraudulento, mas o seu reconhecimento depende do ajuizamento da ação revocatória. A configuração da fraude contra credores implica na anulação do ato e o seu reconhecimento aproveita todos os credores, sem qualquer distinção.

Salamacha (2006) destaca que são comuns os pontos entre a fraude contra credores e a fraude à execução:

a começar pela sua origem no direito romano, tendo a evolução histórica dos dois institutos se pautado por medidas conservatórias do patrimônio do devedor, de forma que este poderia garantir a satisfação de seus credores, mediante a ineficácia dos atos fraudulentos praticados pelo devedor insolvente.

Sustenta que se distinguem em razão de um instituto ser de direito material e outro de direito processual. A fraude contra credores tem a sua decretação em ação

autônoma – ação pauliana –, e a fraude à execução não, pressupondo, apenas a existência de ação, na qual poderá ser declarada, assim que alegada.

A fraude à execução exige um requisito a mais para se caracterizar, que é a existência de um processo em trâmite – litispendência²² –, sem o qual restará ao credor pleitear o reconhecimento da fraude por meio da ação pauliana, que não depende da existência de um processo em curso (SALAMACHA, 2006).

Moreira (2007, p. 215) leciona que:

É inconcebível que não se encontre a coisa nas mãos do executado, por havê-la este alienado. Se a alienação tiver ocorrido depois que a coisa se tornara litigiosa, e a pretensão do credor se fundar em direito real, a hipótese é de fraude à execução (art. 593, nº I). em tal caso, muito embora possa valer entre o devedor e o terceiro adquirente, o ato de alienação é ineficaz em face do credor, de modo que o bem continua sujeito à execução, como se ainda integrasse o patrimônio do executado (art. 592, nº V).

Nery Jr. e Nery (2006) distinguem a fraude de execução da fraude contra credores ressaltando que a primeira enseja a ineficácia do negócio jurídico relativamente ao credor, ou seja, na hipótese de fraude de execução, o negócio tido como fraudulento é válido e existente, no entanto não tem eficácia.

Por conseguinte, independe da promoção de ação para a sua declaração, em razão de a ineficácia ser matéria de ordem pública. Basta o interessado alegar este vício, de natureza exclusivamente processual, ao juízo em que houve a fraude de execução e este determina a constrição judicial sobre o bem, nos termos do artigo 592, inciso V, do Código de Processo Civil. (NERY JR.; NERY, 2006)

²² “Litispendência. Verifica-se a litispendência quando se repete ação que está em curso. Há repetição da demanda quando ocorre a tríplex identidade: mesmas partes, mesmo pedido, mesma causa de pedir” (GRECO FILHO, 2008a, p. 126-127)

Referidos doutrinadores ainda sustentam que, tratando-se de matéria de ordem pública, independentemente de o interessado requerer a sua declaração, pode o juiz reconhecê-la de ofício, em qualquer grau de jurisdição²³.

A fraude contra credores, no entanto, é vício do negócio jurídico, e, de acordo com os artigos 158 e 171, inciso II, do Código Civil²⁴, é passível de anulação, por meio da interposição da ação denominada pauliana ou revocatória, pelo credor vítima da fraude, com fundamento no artigo 161 do Código Civil.

Há autores, como Monteiro (1997), que conservam o entendimento de que a fraude contra credores difere da fraude à execução porque a primeira teria como consequência a anulação do ato fraudulento e, com isso, todos os credores seriam beneficiados, em razão de o bem alienado em fraude retornar ao patrimônio do devedor, já, a segunda, beneficiaria somente o autor da ação executiva.

Tal posicionamento não se sustenta na doutrina e jurisprudência atuais, prevalecendo o entendimento de que na fraude contra credores também ocorre a ineficácia relativa do ato fraudulento em relação ao credor.

Ou seja, tanto na fraude contra credores como na fraude à execução a decretação da fraude resulta na ineficácia do ato em relação ao credor, admitindo-se, portanto, válido o negócio jurídico entre o devedor alienante e terceiro adquirente, não beneficiando outros.

Sustenta, Zavascki (2003), que na fraude à execução ocorre a ineficácia primária, que tem como resultado imediato o sujeitamento do bem aos atos de

²³ Sobre a atuação de ofício em grau recursal: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁴ “Art. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
(...)

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002).

execução, independentemente de ter havido a sua alienação ou oneração. Assim, ao terceiro adquirente ou beneficiado com o ato fraudulento, restaria, apenas, a defesa dos seus interesses por meio de medida judicial exercida contra o devedor alienante.

Quanto à fraude contra credores, Zavascki (2003) leciona que a ineficácia é sucessiva. Quer dizer: o negócio jurídico objeto de fraude é válido e eficaz e, portanto, assim permanecerá até a procedência da ação pauliana, a ser proposta pelo credor.

Assim, a fraude contra credores não enseja a anulabilidade do negócio, por se tratar de “hipótese de ineficácia relativa, ou seja, de inoponibilidade do negócio em relação a certos credores” (Zavascki, 2003, p. 273).

Sobre este ponto, Dinamarco (2001, p. 550) leciona que “é acentuada a moderna tendência a considerar ineficaz e não anulável o ato de alienação fraudulenta a credores”.²⁵

A terceira distinção entre os institutos está relacionada ao *consilium fraudis* – conhecimento do terceiro de que o ato de alienação ou de oneração é praticado por devedor insolvente, ou que assim se tornará em razão desta alienação ou oneração, e causará prejuízos aos credores –, especificamente quanto à possibilidade de ser presumido.

O *consilium fraudis* é tido como requisito para configuração da fraude contra credores, quando decorrente de negócios jurídicos onerosos. Nessas hipóteses, se o terceiro adquirente, que celebrou contrato oneroso com o devedor, não teve conhecimento da insolvência do devedor, porque esta não era notória ou porque não havia razões para que tivesse conhecimento da mesma, presente estará a boa-fé do adquirente, o que retira o propósito fraudulento (*consilium fraudis*), e, portanto, não se considera que o ato terá ocorrido em fraude contra credores, restando ao credor prejudicado fazer prova do contrário.

Na fraude à execução, ao contrário, há presunção do *consilium fraudis*, e por essa razão, para desconsideração do ato, em razão dessa presunção, é

²⁵ Souza (2002, p. 30), no mesmo sentido.

dispensada a prova de que o ato foi fraudulento, embora venha se acentuando na doutrina e jurisprudência mudança desse entendimento, em nome da segurança e estabilidade dos negócios jurídicos, e como forma de resguardar o direito do adquirente de boa-fé. (Salamacha, 2006)

No entanto, apesar do esforço ora realizado para distinguir os institutos da fraude contra credores e da fraude à execução, a proteção que o terceiro de boa-fé recebe atualmente, advinda da construção doutrinária e jurisprudencial, os aproxima, principalmente na hipótese de não forem consideradas a prova do *consilium fraudis* e a existência de ação pendente (SALAMACHA, 2006).

A principal diferença entre a fraude contra credores e a fraude à execução, para Dinamarco (2001, p. 550) é “o ultraje que a segunda contém, e a primeira não, à dignidade da Justiça e a rebeldia que significa à autoridade estatal exercida pelo Poder Judiciário”.

Tal raciocínio pode ser justificado em razão de a fraude ter maior gravidade ao ser praticada “ante a existência de um processo contra o devedor, pois além de causar prejuízo aos credores, a disposição dos bens do devedor insolvente constitui verdadeiro atentado contra a atividade jurisdicional do Estado”. (SALAMACHA, 2006)

Concluída a distinção entre fraude contra credores e fraude à execução, adentra-se ao estudo do principal meio criado pelo legislador para a proteção do credor prejudicado com a fraude decorrente de ato praticado sem a existência de processo em trâmite.

4. AÇÃO PAULIANA

4.1. HISTÓRIA E DENOMINAÇÃO

O surgimento da ação pauliana é objeto de discussão em razão da sua obscuridade. Pontes de Miranda, segundo Venosa (2006, p. 456), que “os interpoladores confundiram os textos mais do que esclareceram, surgindo a ação pauliana como ação real com muitas interpretações”.

Alguns estudiosos defendem que a ação pauliana originou da evolução do interdito *fraudatorium*, que ensejou a *actio factum*, que somente poderia ser exercida contra o terceiro cúmplice da fraude.

Há quem defenda como origem da ação pauliana a *missio in bona*, que permitia a venda dos bens do devedor pelo credor, e a *venditio bonorum*, que viabilizava a concessão pelo pretor de medida que permitia ao credor ingressar na posse de todo o patrimônio do devedor e, após certo tempo, possibilitava até a venda dos bens. Daí surgiu a atividade do pretor que objetivava “coibir abusos do devedor e permitir, por meio de um édito, que os credores impugnem as vendas fraudulentas” (VENOSA, 2006, p. 457).

A origem da denominação desta ação é romana e deriva do nome do pretor Paulo, que a introduziu nos editos, surgindo para homenagear o princípio de equidade natural, que se trata, na frase de Grouber:

(...) de ação essencialmente equitativa, socialmente útil, eminentemente moralizadora. (MONTEIRO, 1997, p. 227)

Para que houvesse a punição da venda fraudulenta, era exigido pelo pretor:

(...) a intenção de causar prejuízo na diminuição do patrimônio; que o devedor conhecesse o caráter fraudulento do ato e que tivesse a noção do *eventus damni*, bem como o conhecimento da fraude o terceiro adquirente (*consilium fraudis*). (VENOSA, 2006, p. 457)

Demonstrado está, portanto, o que os principais doutrinadores lecionam acerca do surgimento da ação pauliana e da sua denominação, corroborando a afirmação lançada no início deste tópico, consistente na falta de clareza do estudo sobre o seu surgimento.

4.2. AÇÃO

Discute-se, na doutrina, a natureza da ação pauliana – se real ou se pessoal. A corrente majoritária entende ser pessoal, porque a sua finalidade é anular o ato fraudulento, ou melhor, tornar o negócio ineficaz, e é proposta contra o alienante e o adquirente.

A ação pauliana tem como objeto a anulação do ato que venha a prejudicar o credor, diretriz – anulação – dada pelo Código Civil em vigor, mas com efeitos característicos de ineficácia do ato ou do negócio. Neste aspecto, importa repetir que a doutrina moderna defende que a diretriz correta dada pelo Código seria a de ineficácia do ato em relação aos credores.

O artigo 171, inciso II, do Código Civil, prevê a anulação dos atos eivados de fraude:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
(...)
II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Assim, da forma como fora redigido, o sucesso da ação pauliana leva à ineficácia do negócio e proporciona o retorno do bem alienado ao patrimônio do devedor, o que beneficiaria todos os credores.

Venosa (2006, p. 466) afirma que se trata de ação revocatória, em razão de recompor o patrimônio e, portanto, somente pode ser intentada em face de atos que

ensejam a insolvência do devedor, mas não contra “atos pelos quais o devedor deixou de ganhar algo”.

Além dos credores quirografários, podem ser titulares desta ação o credor com garantia insuficiente, por ser um credor quirografário do valor não acobertado pela garantia que possui, mas terá o ônus de produzir prova deste fato.

O artigo 161 do Código Civil prevê que a ação poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.²⁶

Ressalvando entendimento jurisprudencial minoritário, Venosa (2006, p. 466) leciona que:

a ação deverá ser movida contra todos os participantes do ato em fraude. Isso porque só com a participação de todos será atingido o objetivo de anulação ou ineficácia do negócio, com efeito de coisa julgada. Caso contrário, o ato seria anulado ou ineficaz para uns e não para outros, o que é inadmissível.

Sobre a legitimidade passiva, o artigo 161 do Código Civil consigna que a ação pauliana “poderá” ser intentada. Ocorre que o entendimento doutrinário atual é diferente, vejamos:

(...) a ação necessariamente “deve” ser proposta contra o devedor insolvente e contra quem se encontra na posse e propriedade da coisa que se quer reaver, ou contra o devedor insolvente e aquele que foi beneficiado, quando se tratar de remissão de dívida ou quando for dada garantia (penhor ou hipoteca) para algum credor, em detrimento de outros. Trata-se de litisconsórcio necessário (Salamacha, 2006).²⁷

A justificativa doutrinária para este entendimento é pautada, principalmente, no fato de que somente com a participação de todos os envolvidos atingir-se-á o

²⁶ Aqui, destaca-se que existem diversas formas para se chamar o terceiro adquirente à relação processual, quando constatado conluio e má-fé. Sobre a má-fé, esta existirá “sempre que a insolvência for notória ou sempre que esse terceiro tiver motivos para conhecê-la” (VENOSA, 2006, p. 466).

²⁷ Entendimento compartilhado, dentre outros, por Cahali (2002, p. 361-362), Rodrigues (2003, p. 237), Monteiro (1997, p. 263) e LIMA (1965, p. 181).

objetivo da ação que é fazer valer a ineficácia do negócio jurídico amplamente, com a formação da coisa julgada²⁸ para todos.

Apesar de haver decisões contrárias a este entendimento, a jurisprudência majoritária o reflete, o que é imprescindível para a segurança jurídica das relações negociais.

Por fim, merece destaque o entendimento defendido por Americano (1932, p. 83) acerca da possibilidade de se utilizar a ação pauliana para anular instituição de bem de família em fraude contra credores, hipótese em que se move a ação somente contra o instituidor, objetivando a reversão do bem ao patrimônio alienável.

4.3. PRAZO

O prazo decadencial²⁹ para requerer a anulação do negócio jurídico tido como fraudulento é de quatro anos, contado do dia em que se realizou o negócio, conforme dispõe o artigo 178, inciso II, do Código Civil:

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:
(...)
II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

Quando se tratarem de contratos onerosos do devedor insolvente, sendo tal insolvência notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante, como

²⁸ “A doutrina trata de duas espécies de coisa julgada: a formal e a material.

A coisa julgada material é a coisa julgada por excelência. Quando se usa a expressão *coisa julgada*, isoladamente, está-se significando coisa julgada material. Quando se pergunta se determinada decisão fez (ou produziu) coisa julgada, está-se querendo saber se houve coisa julgada material. Quando se quer, portanto, referir à coisa julgada *formal*, é necessário que se o diga expressamente. A coisa julgada formal praticamente se identifica com a idéia de *fim do processo*. O objeto da coisa julgada formal é qualquer sentença ou acórdão cujo conteúdo material seja o de uma sentença.” (WAMBIER; CORREIA DE ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 519-520)

²⁹ “Decadência provém do verbo latino *cadens* (cair, perecer, cessar). É palavra formada pelo prefixo latino *de* (de cima de), pela forma verbal *cado* (*decadere*) e pelo sufixo *encia* (ação ou estado), tendo por significado a ação de cair ou o estado daquilo que caiu.

Juridicamente, decadência indica a extinção do direito pelo decurso do prazo fixado a seu exercício. *Decadência* é palavra que tem por significado caducidade, prazo extintivo ou preclusivo, que compreende a extinção do direito.

A decadência não se interrompe nem se suspende, ao contrário da prescrição” Martins (2010, p. 692).

prevê o artigo 159 do Código Civil, importa destacar que o termo inicial do prazo decadencial é da data do registro do título aquisitivo no cartório imobiliário.

Tal entendimento fora consagrado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

O termo inicial do prazo decadencial de quatro anos para propositura da ação pauliana é o da data do registro do título aquisitivo no Cartório Imobiliário, ocasião em que o ato registrado passa a ter validade contra terceiros (STJ-3ª T., REsp 743.890-AgRg, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.9.05, negaram provimento, v.u., DJU 3.10.05, p. 250).

O termo inicial do prazo decadencial de 4 (quatro) anos para a propositura de ação pauliana, cujo fim é a anulação de contrato de compromisso de compra e venda, é a data do registro dessa avença no cartório imobiliário, oportunidade em que esse ato passa a ter efeito *erga omnes* e, por conseguinte, validade contra terceiros (STJ-4ª T., REsp 710.810, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.2.08, recursos não conhecido, v.u.).

Sobre o prazo decadencial de quatro anos para a propositura da ação pauliana, especificamente quanto ao seu o termo inicial, não se identifica na doutrina grandes elocuições, e, portanto, resta ao judiciário orientar os jurisdicionados nos conflitos que surgirem, como fora realizado nos casos supracitados.

4.4. EFEITOS

Os efeitos da ação pauliana decorrem da sua finalidade, que é a de atingir o ato fraudulento e, com isso, impedir que o negócio jurídico produza efeitos. Assim, o bem ou o direito alienado ou onerado em fraude continuará garantindo o crédito e os credores não sofrerão os prejuízos decorrentes da inadimplência do devedor insolvente.

Inicialmente o assunto parece simples, mas, em razão da redação do artigo 165 do Código Civil, especificadamente da sua parte final, que prevê como efeito da anulação do negócio fraudulento a reversão em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, surgem os debates doutrinários.

Isso porque, segundo referido artigo, todos os credores serão aproveitados, indistintamente, o que dificultará a aplicação de princípios processuais, como, por

exemplo, o da coisa julgada, pois há terceiros juridicamente interessados, atingidos pela sentença, que não serão obrigados a respeitá-la no caso de improcedência.

Observa-se que o legislador pátrio permaneceu fiel ao direito romano e manteve, no atual artigo 165 do Código Civil, a expressão “anulável”, o que permitiria concluir que todos os credores serão aproveitados.

Sobre este aspecto, Bulhões Carvalho (1974, p. 132) ensina que:

coube a *Windscheid* a glória de fazer surgir, perante a ciência jurídica, a existência dum *tertium genus* de ineficácia, diferente da nulidade e da anulabilidade, ou seja, a chamada ineficácia simples, e seus princípios foram desenvolvidos em todas as suas conseqüências pelos juristas alemães e consagrados no Código Civil alemão, que entrou em vigor em 1900 e no Código Civil suíço, entrado em vigor em 1907. Pode, com efeito, um ato reunir todas as condições intrínsecas de validade e, entretanto, não possuir eficácia, por falta dum elemento extrínseco ou complementar exigido pelo contrato ou pela lei.

Theodoro Jr. (2001, p. 79) consigna que na fraude contra credores “o fenômeno que se impõe é o da *ineficácia relativa*, único que se adapta à finalidade do instituto de manter o bem alienado pelo devedor sob a responsabilidade patrimonial que garante direitos do credor.”

A conclusão de Venosa (2006, p. 467) sobre este ponto, é de que se o objetivo da revogação dos atos era a atribuição de “preferências a determinado credor, o efeito da ação importará tão-só no desaparecimento de dita preferência, como diz o parágrafo único do art. 165.”

Nery Jr e Nery (2006, p. 849) criticam o entendimento de parcela da doutrina que entende tratar-se, na hipótese de configuração da fraude contra credores, de ineficácia do ato fraudulento, com fundamento no direito italiano, porque o “sistema de invalidade e de ineficácia dos atos e negócios jurídicos é dado pela lei”.

Portanto, para referidos autores, julgado procedente o pedido da ação pauliana anulado estará o ato fraudulento e, por conseguinte, ao patrimônio do devedor retornará o bem onerado ou alienado em fraude contra credores.

Fora da ação pauliana a fraude contra credores não pode ser reconhecida, sendo, inclusive, vedada a sua alegação em sede de defesa dos embargos de terceiro, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 195³⁰.

Prevalece, no entanto, o entendimento doutrinário de que o ato fraudulento é parcialmente ineficaz perante o credor prejudicado, que poderá penhorar os bens ou direitos alienados ou onerados em fraude e, com isso, satisfazer o seu crédito.

Sobre este tema o Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

(...) A fraude contra credores não gera a anulabilidade do negócio, já que o retorno, puro e simples, ao *status quo ante* poderia inclusive beneficiar credores supervenientes à alienação, que não foram vítimas de fraude alguma, e que não poderiam alimentar expectativa legítima de se satisfazerem à custa do bem alienado ou onerado.

Portanto, a ação pauliana, que, segundo o próprio Código Civil, só pode ser intentada pelos credores que já o eram ao tempo em que se deu a fraude (art. 158, § 2º; CC/16, art. 106, par. Único), não conduz a uma sentença anulatória do negócio, mas sim à retirada parcial de sua eficácia, em relação a determinados credores, permitindo-lhes executar os bens que foram maliciosamente alienados, restabelecendo sobre eles, não a propriedade do alienante, mas a responsabilidade por suas dívidas. (STJ-1ª T., REsp 506.312, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.8.06, recurso provido, v.u.)

Segundo Salamacha (2006), o “ato de transferência dos bens somente é inoponível ao credor em razão da “revogação” pela pauliana, não beneficiando o devedor que agiu em fraude”.

Tal entendimento já era manifestado por Liebman (1986, p. 106), ao se referir aos efeitos da fraude contra credores, afirmando que:

se olharmos para seus efeitos sem nos deixar influenciar pela tradição histórica, veremos que eles consistem simplesmente em permitir que a execução recaia nos bens alienados em fraude, na medida que for necessário para evitar prejuízo dos credores, e isso não porque esses bens tenham voltado ao patrimônio do alienante, ora executado, e sim, apesar de se encontrarem no patrimônio do terceiro adquirente.

³⁰ “Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 195. In: < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40do%20cn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=270>>

Diante do que fora exposto, conclui-se que a propriedade do bem ou direito, se alienado, não retorna ao patrimônio do devedor, apenas responde pela dívida, ocorrendo a ineficácia relativa do ato fraudulento em relação ao credor, valendo o negócio jurídico perante o terceiro adquirente.

Os demais credores não serão beneficiados e, se prejudicados, deverão promover a medida judicial cabível para obter a declaração de ineficácia do ato, qual seja, a ação pauliana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, o devedor respondia pelas obrigações com o próprio corpo, na hipótese de impontualidade, até que, com o advento da Lei *Poetelia Papiria*, a incidência da execução passou a recair sobre o seu patrimônio do devedor.

Nos dias atuais, grande parte dos negócios jurídicos tem como garantia o patrimônio do devedor. Por conseguinte, os atos de alienação ou oneração deste patrimônio que o desfalquem ou o comprometam ao ponto de causar prejuízos aos credores se tornam suspeitos e passíveis de ser declarados ineficazes, se caracterizada a Fraude.

Isso é possível em razão constar do nosso ordenamento jurídico o princípio da responsabilidade patrimonial – que prevê que todo o patrimônio do devedor responde pela dívida, na hipótese de inadimplemento voluntário, com exceção a algumas restrições legais –, bem como os institutos da fraude contra credores e da fraude à execução, que protegem o credor prejudicado pela fraude.

O instituto da fraude contra credores é de direito material e a sua constatação se dá por meio da análise de elementos indicados pela doutrina e jurisprudência – anterioridade do crédito, *consilium fraudis* e *eventus damni*.

Estes elementos podem ser reunidos e definidos como a prática de atos de alienação ou oneração de bens ou direitos, praticados por devedor insolvente ou que, por tais atos, venha a se tornar insolvente, com a intenção de prejudicar credores.

O primeiro elemento – anterioridade do crédito – está previsto no artigo 158, parágrafo segundo, do Código Civil, e prevê a necessidade de o crédito preceder o ato fraudulento, podendo, segundo a doutrina, ser afastado em casos excepcionais, como, por exemplo, na hipótese de fraude predeterminada para atingir futuros

credores. A caracterização de tal fraude exige prova da intenção de prejudicar – *animus nocendi*.

O *Eventus damni*, segundo elemento, decorre do efetivo prejuízo do credor, advindo de ato do devedor tido como fraudulento, que leva ao comprometimento da garantia do credor – patrimônio do devedor –, e deve ser provado para demonstrar o interesse do autor da ação pauliana.

Por sua vez, o *consilium fraudis*, terceiro elemento, não decorre da intenção de prejudicar – *animus nocendi* –, mas sim do conhecimento do dano decorrente da realização do ato, pelo devedor.

Independentemente do estudo destes elementos, atualmente a fraude é presumida, porque o direito se satisfaz com o *eventus damni*, simplificando a teoria da fraude contra credores, ao contrário do direito romano, que exigia a comprovação da intenção de prejudicar para conceder a ação revocatória.

Merece destaque o fato de o Código Civil disciplinar hipóteses que ajudam as partes envolvidas em negócios jurídicos em que há fraude ou possibilidade desta ocorrer, como os artigos 160 a 164, 193, 203, e 1.813.

Apesar de a fraude contra credores ser instituto de direito material, o Código de Processo Civil também apresenta dispositivos relacionados a ela, como os artigos 332, 404, inciso II, 768 e 813, destacados pela doutrina.

Aliás, o fato de a fraude contra credores ser um instituto de direito material e a fraude contra credores um instituto de direito processual é uma das principais diferenças entre elas apontadas pela doutrina, seguida de a primeira ser decretada em ação pauliana e a segunda pressupor a existência de ação na qual poderá ser declarada, assim que alegada.

A ação pauliana, mecanismo previsto na legislação para a obtenção da decretação da fraude contra credores, tem origem histórica obscura e a sua denominação, segundo a doutrina, surgiu no direito romano e deriva do nome do pretor Paulo, que a introduziu nos editos para homenagear o princípio de equidade natural.

Trata-se de ação pessoal, e não real, conforme corrente doutrinária majoritária, porque a sua finalidade é anular o ato fraudulento, ou melhor, tornar o negócio ineficaz, sendo proposta contra o alienante e o adquirente, no prazo decadencial de quatro anos, contado do dia em que se realizou o negócio.

Os seus efeitos decorrem da sua finalidade, que é a de atingir o ato fraudulento e, com isso, impedir que o negócio jurídico produza efeitos. Assim, o bem ou o direito alienado ou onerado em fraude continuará garantindo o crédito e os credores não sofrerão prejuízos advindos da inadimplência do devedor insolvente.

Portanto, não há que se falar no retorno do bem alienado ou onerado ao patrimônio do devedor. Com a decretação da fraude, o bem passa a responder pela dívida, ocorrendo a ineficácia relativa do ato fraudulento em relação ao credor e permanecendo válido o negócio jurídico perante o terceiro adquirente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMERICANO, Jorge. *Da ação pauliana*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1932.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: RT, 2009.
- BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Falhas do anteprojeto de Código Civil*. Rio de Janeiro, 1974.
- CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.
(CAHALI, 2002)
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19ª ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19ª ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LIMA, Alvino. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Tradução de Joaquim Munhoz de Mello. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 26.^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35.^a ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 28.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação civil em vigor*. 41.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19.^a ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 34.^a ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALAMACHA, J. E.. *Fraude contra credores: efeitos da sentença na ação pauliana.*

Revista de Processo, São Paulo, v. 135, p. 75-89, mai 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 21^a ed. São

Paulo: Saraiva, 2000.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil:*

Teoria geral do direito processual civil, 1. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008

SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente.*

São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

THEODORO JÚNIOR, H. *A fraude de execução e o regime de sua declaração em*

juízo. Revista de Processo, São Paulo, v. 102, p. 79, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral.* 6^a ed. v. 1. São Paulo: Atlas,

2006.

WAMBIER, L. R.; CORREIA DE LIMA, F. R.; TALAMINI, E. *Curso avançado de*

processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9^a ed. São

Paulo: RT, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2^a ed. v. 8. São

Paulo: RT, 2003.